

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DE LA
RESPONSABILITÉ
EN CAS DE NULLITÉ DES CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Mardi 24 Juillet 1900, à deux heures

PAR

Albert LEGROS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. DESSERTAUX, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS { M. LOUIS-LUCAS, PROFESSEUR
 { M. GÉNY, PROFESSEUR

DIJON

IMPRIMERIE JACQUOT & FLORET

12, rue Berbisey, 12

1900

ESSAI

D'UNE

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RESPONSABILITÉ

EN CAS DE NULLITÉ DES CONTRATS

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DE LA
RESPONSABILITÉ
EN CAS DE NULLITÉ DES CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Mardi 24 Juillet 1900, à deux heures

PAR

Albert LEGROS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

SOUS LA PRÉSIDENTE DE M. DESSERTAUX, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS { M. LOUIS-LUCAS, PROFESSEUR
 { M. GÉNY, PROFESSEUR



DIJON

IMPRIMERIE JACQUOT & FLORET

12, rue Berbisey, 12

—
1900

A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE

A TOUS CEUX QUI ME SONT CHERS

ESSAI
D'UNE
THÉORIE GÉNÉRALE DE LA RESPONSABILITÉ
EN CAS DE NULLITÉ DES CONTRATS

INTRODUCTION

Évolution comparée du principe qui sert de base à la responsabilité dans l'exécution et dans la formation des contrats.

La responsabilité est le corollaire du libre arbitre : toute volonté qui agit sans contrainte et qui a conscience de ses actes, doit compte du préjudice causé à autrui par un manquement aux obligations auxquelles elle est astreinte. Or, ces obligations sont de deux sortes : déterminons-les par le raisonnement.

L'homme, d'après une définition qui remonte à Aristote, est un être sociable ; or, pour qu'il puisse vivre en société, il faut que le pouvoir social lui assure le respect de ses semblables pour sa vie, son honneur, sa propriété ; ils sont tenus envers lui de ne pas porter atteinte à sa personnalité physique, morale et juridique. A cette première catégorie d'obli-

gations correspond un premier groupe de droits : ce sont les droits réels, qui donnent à l'individu le pouvoir d'exiger une abstention de tous les autres membres de la société; leur violation donne lieu à la responsabilité délictuelle (1).

Mais à côté de ces droits absolus, qui s'exercent contre un individu quelconque, il en est d'autres relatifs, qui n'existent qu'à l'égard de certaines personnes déterminées; et en effet, si les hommes vivent en société, ce n'est pas seulement parce que leur instinct les y pousse; c'est aussi parce qu'ils ont sans cesse besoin de se rendre des services mutuels; lorsque les individus se sont affranchis de la communauté de famille qui les englobait à l'origine, l'isolement dans lequel ils se trouvent les oblige à se rapprocher par des liens plus étroits, pour parer aux nécessités de la vie; si la conception de Rousseau relative au contrat social est inexacte, elle est vraie par rapport aux associations particulières créées par les différentes conventions. Or, pour qu'elles pussent rendre aux hommes les services qu'ils en attendaient, il était nécessaire qu'elles fissent naître un lien juridique obligeant les contractants à l'exécution de leurs promesses. A cette seconde catégorie d'obligations correspond un second groupe de droits : ce sont les droits personnels, qui donnent à chacun des contractants le pouvoir d'exiger de l'autre une prestation déterminée: leur violation entraîne la responsabilité contractuelle.

L'analyse distingue ainsi deux sortes de responsa-

(1) Cf. la critique de la définition courante du droit réel, dans Planiol : *Traité de Droit civil*, I, p. 298 et s.

bilités; cependant, M. Grandmoulin (1) a prétendu à leur unité : en effet, dit-il, elles sanctionnent deux catégories d'obligations qui ont une source commune; le contrat n'est qu'une loi régissant des intérêts particuliers, et la loi n'est qu'un contrat plus vaste, puisqu'elle repose sur le consentement des représentants de la nation. Le manquement aux unes et aux autres est donc un délit, qui par suite donne toujours lieu à la responsabilité délictuelle.

A mon avis, l'on doit séparer deux choses que cette doctrine semble confondre : la faute et la responsabilité. Que la faute soit la violation d'une obligation imposée par la loi ou d'une obligation issue d'un contrat, elle conserve le même caractère, et on peut dans tous les cas la qualifier de délit. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est qu'elle crée la responsabilité délictuelle, tandis que la responsabilité contractuelle lui est antérieure et dérive du contrat. Celle-ci prend naissance au moment où la convention s'est valablement formée : aussi le créancier qui actionne son débiteur en justice ne lui demande pas réparation du préjudice causé par sa faute; il lui réclame purement et simplement l'exécution de son obligation, soit en nature, soit en équivalent pécuniaire. Au contraire, la victime d'un délit commis par un tiers demande une indemnité du dommage qu'elle a souffert par la faute de son auteur.

Or, cette différence entre les buts poursuivis par les deux responsabilités en entraîne d'autres relatives à la faute : la plus notable se rapporte à sa preuve. Le créancier qui demande l'exécution de l'obligation

(1) *De la nature délict. de la responsab. pour viol. des oblig. contract.*, thèse, Rennes, 1892.

de son débiteur n'a qu'à prouver le contrat qui lui donne naissance; c'est à l'autre partie à démontrer que l'inexécution ne provient pas de sa faute : tandis que celui qui poursuit la réparation du préjudice causé par un délit, doit en établir les divers éléments parmi lesquels rentre la faute du défendeur.

Ainsi, la faute contractuelle et la faute délictuelle ont bien la même nature intime; mais l'une est un manquement à une obligation préexistante, l'autre est la source d'une obligation non encore née. Sans doute, cette dernière est en même temps la violation d'une obligation antérieure; mais une pareille obligation n'a rien de particulier à tel ou tel individu; celui qui s'en prévaut en justice ne fait pas valoir une créance, car une créance implique un rapport entre personnes déterminées, donnant à l'une le droit d'exiger une prestation de l'autre; au contraire, l'obligation dont il s'agit n'apporte aucune modification dans les relations humaines; elle existe au profit de tous et à la charge de tous, et elle est purement négative. Un droit de créance véritable ne naît que lorsque l'activité fautive d'un particulier a rompu cet équilibre; c'est donc la faute qui est la source de la responsabilité délictuelle.

A l'origine des législations, la responsabilité contractuelle est absente, et l'on ne connaît que la responsabilité délictuelle. Dans le droit romain primitif, on peut penser que la valeur des engagements résidait tout entière dans la conscience des contractants : le respect de la parole donnée était assuré par la religion et les mœurs. La rupture de l'engagement était un outrage à la déesse *Fides* qui symbolisait la fidélité à la promesse; aussi les pontifes punissaient d'une sorte d'excommunication celui qui en était l'auteur.

Plus tard, ce manquement à la parole constituait une violation des convenances usitées entre honnêtes gens : aussi le censeur infligeait au coupable un blâme public qui était inscrit sur les registres du cens et qui entraînait certaines incapacités politiques : cette sanction que l'engagement recevait en droit public fut le prélude de celle que devait lui assurer le droit privé.

Sa nécessité se fit sentir lorsque le déclin des mœurs et de la religion rendit plus incertain le respect de la parole jurée. On considéra désormais l'inexécution de la promesse comme un délit pénal ; c'était la continuation de l'idée première ; mais la pénalité, qui jusqu'alors avait été religieuse ou morale, affecta la personne même du délinquant, et, plus tard, son patrimoine ; à côté des délits généraux, il y eut donc des délits spéciaux qui, comme eux, furent successivement réprimés par des peines physiques et des peines pécuniaires. Dans cette première phase, l'obligation prenait naissance, non pas au moment de la formation du contrat, mais au moment de l'inexécution de l'engagement (l. 83. § 1, Dig., *De solut. et lib.*, 46-3).

L'apparition des contrats de droit strict marque le point intermédiaire entre les deux responsabilités : ils obligent la partie à l'exécution de son engagement, mais le contenu littéral de l'obligation en limite la mesure : ainsi, celui qui a promis de livrer un esclave n'est pas tenu par l'action du contrat s'il le livre après l'avoir empoisonné ; mais il le sera par l'action délictuelle de dol (l. 7, § 3, Dig., *De dolo malo*, 4-3). A mesure que l'on pénètre davantage dans la recherche des intentions, on reconnaît à la volonté des contractants plein et entier effet ; cette fois, le con-

trat engendre l'obligation d'exécuter tous les engagements qui découlent de l'intention exprimée ou présumée des parties, et celle qui manque à sa promesse est responsable de cette inexécution par l'action contractuelle : tel est le droit qui régit les contrats de bonne foi.

Néanmoins, M. Grandmoulin estime que le dol et la faute commis dans l'exécution de la convention donneront toujours naissance à la responsabilité délictuelle. Il se fonde d'abord sur l'expression *delinquere in contractu* employée par certains textes (1); cette locution montre, il est vrai, qu'un délit peut être commis dans l'exécution d'un contrat; et en effet, parmi les fautes des contractants, il en est qui, même en l'absence de toute convention, tomberaient sous le coup de la responsabilité délictuelle : mais le droit romain leur en faisait-il application ? L'auteur invoque à cet égard comme second argument d'autres textes qui permettent à un contractant d'exercer l'action *legis Aquiliæ* (2). C'est un fait indiscutable. Seulement il faut remarquer, en premier lieu, que cette action n'exclut pas l'exercice de l'action issue du contrat; et en second lieu, que le contrat seul détermine la mesure de la responsabilité; de sorte que l'action délictuelle ne peut être intentée contre la partie qui a causé à l'autre un dommage par une faute dont elle n'est pas responsable aux termes de la convention. Le concours des actions s'explique donc par une rémi-

(1) L. 9, § 2, Dig., *De minor. vig. quinque annis*, 4-4; l. 49, *De oblig. et act.*, 44-7.

(2) L. 47, § 1, *Pro socio*, 17-2; ll. 18 et 27, § 11, *Ad legem Aquilianam*, 9-2.

nissance de l'époque où la responsabilité délictuelle était seule connue (1).

Mais aujourd'hui, cette confusion n'aurait plus aucune raison d'être, car le motif qui la justifiait a disparu : la responsabilité délictuelle n'est pas applicable aux personnes entre lesquelles existe une relation conventionnelle ; le contrat est le générateur de toutes les obligations initiales ou subsidiaires qui sont à la charge des parties, parce que les secondes, dérivant de l'intention présumée des contractants, ont, comme les premières, une origine contractuelle.

En même temps que le droit avait reconnu force obligatoire au contrat, l'analyse des jurisconsultes romains avait édifié la célèbre théorie des fautes, qui permettait aux parties de s'exonérer de toute obligation d'indemnité, lorsque l'inexécution de leurs engagements ne provenait pas d'une faute, d'ailleurs variable en degré suivant les contrats. Mais cette conception devint insuffisante, le jour où les rapports contractuels se compliquant par l'intervention de tierces personnes, le préjudice causé avait sa source dans un acte de ces dernières, et non plus dans une faute personnelle des contractants. On sentait que la réparation doit en incomber à la partie qui a choisi ces intermédiaires ; mais les jurisconsultes rattachent cette décision à la théorie de la faute, alors que le contractant rendu responsable n'aura le plus souvent commis aucune imprudence ; aussi certains textes dénotent la gêne qu'ils éprouvent en assignant

(1) Rencker : *De la non-responsabilité conventionnelle*, thèse, Dijon, 1894, sur la loi 27, § 29, Dig., *Ad legem Aquilianam*, 9-2, p. 49 et s.

cette base à la responsabilité; nous en avons des exemples en matière de société et de mandat.

Un individu admet un tiers dans une société dont il fait partie; il n'est pas l'associé des autres membres qui n'ont pas consenti à le faire entrer dans la société; son coassocié peut donc lui faire partager les droits qu'il retire personnellement de la société, mais non lui créer, par rapport à elle, des droits et des obligations. Mais il répond envers elle des actes préjudiciables de ce coassocié, parce que, dit Ulpien, *difficile est negare culpa ipsius admissum* (ll. 19-23, Dig., *Pro Socio*, 17-2); or l'admission du tiers dans la société ne constitue pas nécessairement une faute; d'ailleurs Ulpien n'est pas, sur ce point, très affirmatif. L'idée est encore bien moins soutenable dans l'hypothèse suivante :

Je donne à quelqu'un mandat d'acheter un esclave qui le vole; je ne suis pas nécessairement coupable, car j'ai pu me tromper sur l'honnêteté de l'esclave, même en prenant sur lui les renseignements des personnes les mieux placées pour me les fournir. Aussi Paul et Neratius décidaient que dans ce cas, je ne devrai au mandataire que l'abandon noxal (l. 26, § 7, Dig., *Mandati*, 17-1); c'était la conséquence logique de la théorie de la faute. Mais Africain estimant à juste titre que cette solution était trop favorable au mandant, le rendait responsable de toute la perte que le vol avait fait subir au mandataire. Il invoque trois motifs dont voici le dernier : *culpam eorum quorum causa contrahatur ipsis potius damnosam esse debere, nam certe mandantis culpam esse qui, talem servum emi sibi mandaverit*. Mais on voit, par la place qu'il lui assigne, que cette raison n'est pas dominante dans l'esprit du jurisconsulte, et qu'il s'attache de préférence aux deux autres : *justissime enim procu-*

ratores allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset ; le mandat a été l'occasion du préjudice ; or il importe qu'un service rendu dans le seul intérêt du mandant ne soit pas la source d'un préjudice pour le mandataire : *nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse* (l. 61, § 5, Dig., *De furtis*, 47-2).

Ainsi, dans certains cas, le droit romain obligeait l'un des contractants à réparer le dommage causé à l'autre par un acte qui n'impliquait de sa part aucune faute véritable. Or, cette tendance s'est accentuée dans le droit moderne : en raison du rôle grandissant joué par le machinisme dans l'exécution des contrats, principalement des contrats de travail et de transport, on a vu se développer sur le terrain du droit administratif, industriel et commercial, un mouvement favorable à la responsabilité dérivant, non plus de la faute, mais de la simple occasion du dommage par le contractant qui emploie à son service cet intermédiaire inconscient. A mesure que les entreprises humaines augmentent d'importance, la personnalité des individus passe à l'arrière-plan ; dans ces grands centres d'activité, l'homme est devenu impuissant à exercer une surveillance efficace sur les mécanismes qu'il utilise à son profit et qui se dérobent à son attention ; aussi sont-ils une menace perpétuelle de danger pour les personnes qui se trouvent en contact avec eux par suite d'une convention passée avec le chef d'entreprise ; le préjudice apparaît alors, non plus comme le résultat d'une faute imputable à l'individu, mais comme un risque devant figurer au passif de l'exploitation.

Cette évolution tend à embrasser le droit civil lui-

même, qui cependant régit des entreprises plus restreintes ; mais on s'aperçoit que souvent, le débiteur manquant à l'exécution de ses obligations n'est pas réellement coupable de négligence ; il est plutôt la victime d'un malheur qu'il n'aura pas prévu et dont il doit supporter les conséquences en indemnisant son cocontractant, parce qu'il est à considérer comme ayant agi à ses risques et périls. Aussi un auteur a-t-il pu dire que l'ancienne théorie des fautes est aujourd'hui la théorie du « règlement conventionnel des risques (1) ».

En résumé, la responsabilité pour inexécution des contrats a traversé trois phases : la phase délictuelle, la phase contractuelle et la phase objective. La succession des deux premières correspond au développement progressif des facultés humaines : la sensibilité, d'où naît la vengeance contre l'auteur d'un mal dont on souffre, fût-il innocent : la raison, qui enseigne à l'homme que le coupable seul mérite un châtiment ; et la volonté, qui lui donne le pouvoir de soumettre son activité à une obligation librement assumée. Le troisième stade est le signe d'une transformation particulière dans la nature de la responsabilité : elle perd le caractère pénal qu'elle avait eu jusqu'alors et qui lui venait d'une longue tradition. Pendant longtemps, on ne déclara l'individu responsable que lorsqu'il était en faute ; le droit antique « voyait une injustice subjective dans le fait même de subir une injustice objective (2) » ; le droit pénal des époques postérieures a séparé les deux choses par une analyse plus approfondie des conditions de la

(1) Saleilles : *Les accidents du travail*, p. 73, n° 53.

(2) Girard : *Manuel de Droit romain*, p. 384.

culpabilité. Seulement, la même distinction ne s'impose pas dans le droit civil qui a pour but, non la répression d'un acte illicite, mais la détermination des conséquences juridiques de l'activité humaine s'exerçant volontairement ; on conçoit donc qu'il attache au fait préjudiciable dont elle est la source une obligation d'indemnité, par cela seul qu'il a été voulu par son auteur, même s'il ne lui est pas imputable à faute.

Or, je voudrais essayer de montrer qu'une évolution semblable s'est accomplie dans la responsabilité relative à la formation des contrats. A l'origine, on la fait découler d'une faute délictuelle, commise dans les préliminaires de la convention non encore née. Dans une période plus avancée, on la rattache à un engagement volontaire auquel se soumet chacune des parties, et que l'on induit de sa volonté manifestée de prendre part à la conclusion du contrat. Enfin, elle franchit une dernière étape, où nous la voyons se détacher de la faute dont elle était jusqu'alors inséparable, pour dériver du simple fait matériel du préjudice causé. Telles sont les propositions dont cette étude sera le développement.

PREMIERE PARTIE

Théorie des dommages-intérêts basée sur la responsabilité délictuelle.

CHAPITRE PREMIER

Exposé théorique.

La question de la responsabilité pour nullité de contrat ne se pose pas, lorsque les deux parties ont connu la cause de nullité lors de la formation du contrat : aucune d'elles ne serait alors reçue à demander à l'autre la réparation des conséquences préjudiciables de la nullité, parce qu'elle les a acceptées par avance et qu'elle s'y est soumise volontairement. Il en est ainsi, lorsque la cause de nullité figure parmi celles que personne ne serait excusable d'avoir ignorées ; par exemple, le contrat avait un objet contraire aux bonnes mœurs, ou un objet dont les deux parties devaient connaître le caractère illégal : tel est le cas des contre-lettres qui, en matière de cession d'offices ministériels, ont pour but d'augmenter le prix fixé par la Chancellerie.

Mais il en va tout autrement lorsque l'un seul des contractants est de mauvaise foi ; il est obligé à ré-

parer le préjudice causé à l'autre par son dol. De même, s'ils sont tous deux de bonne foi, celui d'entre eux qui devait connaître la cause de nullité est en faute de l'avoir introduite dans le contrat, et doit indemniser son cocontractant du dommage souffert par suite de l'annulation ; sans doute, le contrat une fois annulé a perdu toute existence et ne peut engendrer une action en responsabilité ; mais, en dehors de la convention, il demeure une négligence imputable à l'une des parties et dont elle doit être responsable, d'après la règle contenue dans les articles 1382 et 1383. La responsabilité pour contrat manqué nous apparaît donc comme l'un des cas d'application de la responsabilité délictuelle, et c'est ainsi que l'envisagent MM. Aubry et Rau dans leur *Traité de droit civil*, dont nous extrayons les lignes suivantes : « L'annulation même d'un acte peut être l'occasion d'une demande en dommages-intérêts fondée sur un délit ou quasi-délit imputé soit à l'une des parties, soit à un tiers (1) ».

La base théorique de la responsabilité est donc très nette, et nous n'aurions plus rien à ajouter sur ce point, si l'application du principe ne soulevait certaines difficultés de détail qu'il nous faut trancher : nous distinguerons à cet effet, suivant que le dommage dont le contractant demande réparation provient du dol ou de la faute de son adversaire.

Lorsque le dol a été la cause déterminante de son consentement, il a généralement tout intérêt à la disparition d'un contrat désavantageux pour lui ; mais ce serait une erreur de voir dans l'action en nullité le seul moyen dont il dispose pour obtenir la

(1) 5^e édition, t. I, § 37, p. 183 et s.

réparation du préjudice résultant de la formation du contrat. Certains auteurs (1) prétendent, il est vrai, que l'action en nullité pour dol n'est autre chose qu'une action en indemnité, et qu'elle a pour but de faire obtenir au contractant trompé la réparation la plus adéquate à la nature du dommage souffert; mais nous ne croyons pas que tel soit aujourd'hui le caractère de cette action; elle a subi une transformation qu'il est utile de mettre en relief.

En droit romain, le dol n'était pas un vice du consentement constituant une cause d'annulabilité du contrat; le contractant n'avait droit qu'à la réparation du préjudice résultant pour lui du maintien de la convention; seulement, l'auteur du dol avait la faculté de se soustraire à cette obligation en renonçant à se prévaloir du contrat vis-à-vis de celui qu'il avait induit en erreur; s'il prenait ce dernier parti, le demandeur se trouvait dans une situation analogue à celle qui est le résultat de l'annulation. Aussi, dans l'ancien droit, l'on put considérer la nullité comme la représentation de l'indemnité du préjudice: c'était un moyen terme entre l'absence totale de protection du droit romain primitif pour la victime du dol, et la réparation intégrale à laquelle elle a droit sous l'empire de la législation actuelle. En effet, dans le Code civil, le dol est un vice du consentement (article 1109); c'est à ce titre exclusif qu'il forme la base de l'action en nullité; celle-ci n'a donc pas pour objet immédiat la réparation du préjudice; elle a pour but l'anéantissement d'un contrat dont le consentement

(1) Demante et Colmet de Santerre : *Cours analytique de Code civil*, V, 26.

a été vicié. Seulement, comme le contractant se plaint, non pas de l'annulation qu'il demande lui-même à la justice, mais de l'existence du contrat, on comprend qu'en fait le rétablissement de l'état de choses antérieur constituera pour la plus grande part la réparation du préjudice subi. Mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est qu'il n'y a entre ces deux résultats qu'une coïncidence de fait et non pas une relation de cause à effet; si donc l'annulation n'est pour la partie trompée qu'une indemnité insuffisante, elle pourra la compléter par une action en dommages-intérêts dirigée contre l'auteur du dol, qui est soumis à la réparation intégrale des suites de son délit civil (art. 1382).

La responsabilité du dol commis dans la formation du contrat est encourue même par le contractant incapable (art. 1310). Dans ce cas, chacune des parties a une action en nullité à son service. Si la victime du dol intente contre son auteur l'action en nullité pour dol, elle obtiendra la restitution en entier de la prestation qu'elle lui a versée; l'article 1312, qui limite cette restitution à la mesure de l'enrichissement réalisé par l'autre partie, ne saurait recevoir son application, car c'est une disposition de faveur dont l'incapable, par son dol, perd le bénéfice; en outre il devra, s'il y a lieu, des dommages-intérêts à son cocontractant, par application des principes précédents. Le dol dont il s'est rendu coupable ne lui enlève pas l'exercice de l'action en nullité pour incapacité, d'autant plus que le contractant trompé désire l'annulation d'une opération désavantageuse pour lui; mais alors, la nullité prononcée, il sera soumis à la double obligation que nous venons d'indiquer.

Cependant, Larombière (1) refuse à la partie trompée tout droit à la réparation, parce que le dol de l'incapable, dit-il, ne lui cause aucun préjudice; ainsi, supposons la vente d'une chose appartenant à autrui faite par un incapable qui s'attribue dolosivement la qualité de propriétaire; s'il faisait annuler le contrat pour incapacité, il ne serait tenu à la restitution du prix que dans la mesure de son enrichissement (art. 1312); or, qu'importe que l'éviction de l'acheteur provienne de l'action en nullité intentée par l'incapable ou de l'action en revendication exercée par le propriétaire de la chose vendue? Dans les deux cas, son obligation aura la même étendue. Mais ce raisonnement part d'une prémisse inexacte : l'incapable est responsable de toutes les conséquences de son dol, comme d'un délit quelconque; or elles sont au nombre de deux : le versement du prix et le préjudice causé à l'acheteur par la nullité de la vente; elles déterminent donc la mesure exacte de son obligation, que l'éviction provienne de l'une ou l'autre action, à condition que l'acheteur fasse la preuve du dol. Il est vrai que s'il s'était renseigné sur la capacité de son cocontractant, l'acheteur aurait évité tout préjudice en s'abstenant de prêter son concours à la vente; mais cette omission est une faute infiniment moins grave que celle du vendeur qui l'a trompé.

Ce que nous avons dit du dol commis dans la formation des contrats s'appliquerait également à la violence pratiquée par l'un des contractants envers l'autre.

(1) *Th. des obligations*, IV, p. 149, n. 5.

Mais, à côté de ce dol général, il existe un dol spécial aux incapables, et qui consiste à tromper leur cocontractant sur leur véritable capacité. Il soulève deux questions, relatives aux conditions d'exercice et aux effets de l'action en réparation du dommage souffert.

Un incapable fait annuler son contrat pour défaut de capacité : l'autre partie ne peut en principe demander une indemnité pour le préjudice que lui cause la nullité : d'une part, l'incapable exerçant un droit qui lui vient de la protection légale ne commet pas un acte illicite; d'autre part, la partie capable a manqué à l'une de ses obligations : celle de s'enquérir de la capacité de son cocontractant; que l'incapacité ait été établie pour sauvegarder certains intérêts ou comme mesure pénale, il est certain qu'elle ne répondrait pas au but qu'elle se propose, s'il suffisait d'invoquer sa propre ignorance pour être à l'abri de l'annulation ou pour avoir droit à une indemnité; on est coupable de ne pas s'être renseigné; c'est ce qu'exprime la maxime : « Nul n'est censé ignorer la condition de celui avec qui il contracte ». Aussi l'incapable, non seulement ne sera pas obligé d'indemniser son cocontractant, mais ne devra restituer la prestation qui lui a été versée que dans la mesure de son enrichissement (art. 1312); d'ailleurs cette dernière disposition n'est applicable que lorsque l'incapacité a été établie dans un but de protection.

Mais l'incapable qui, de mauvaise foi, cherche à induire en erreur l'autre partie en se faisant passer auprès d'elle pour capable, ne mérite plus la même faveur; aussi l'on comprend qu'à toutes les époques, la loi soit venue en aide au contractant qui a été

victime d'une erreur invincible par suite des manœuvres déloyales de son adversaire ; seulement, l'étendue de la protection a varié avec les législations (1).

Le droit romain paraît s'être inspiré de considérations tirées de l'aspect de la personne : lorsque l'aspect physique du contractant faisait soupçonner l'incapacité dont il était atteint (impubère, mineur, femme en tutelle perpétuelle), la simple déclaration de capacité ne devait pas suffire à donner un recours à l'autre partie contre celle qui l'avait trompé. Ainsi, en ce qui concerne le mineur de vingt-cinq ans, la règle semble ressortir de la comparaison des lois 2 et 3 C., *Si minor se majorem dixerit*, 2-43 ; la loi 2 ne se contente pas d'un mensonge pur et simple, elle veut un *mendacium fallace*, c'est-à-dire un mensonge rendu plus vraisemblable par certains artifices ; cette interprétation est confirmée par la loi 3, parlant du mineur qui travaille à se donner l'aspect d'un majeur : *si minor ætate majorem te probare aspectu laboraveris* ; ces expressions indiquent les efforts déployés en vue d'assurer le succès de la tromperie. Mais lorsque la personne physique ne contenait aucun signe révélateur de l'incapacité, une simple affirmation de capacité devait suffire à rendre le contractant responsable (v. l. 1 C., *Ad senatusc. Macedonianum*, 4-28, et l. 2 § 3, Dig., *Ad senatusc. Velleianum*, 16-1).

A l'origine de notre ancien droit, ce second principe fut appliqué au mineur ; il eut pour résultat d'enlever à la protection de l'incapable toute efficacité, car son

(1) Sur l'historique, v. Deschamps : *Le dol et la faute des incapables*, thèse, Paris 1889, p. 144-166 et 170-190 ; adde note de M. Wahl sous Cass. req. 15 nov. 1898 : S., 99, 1, 225.

cocontractant n'avait aucune peine à obtenir de lui une déclaration de majorité, à laquelle il consentait d'autant plus facilement qu'il était plus jeune; aussi finit-elle par devenir une clause de style dans les actes.

Dans les pays de coutume, les Parlements apportèrent un remède à cet état de choses : un arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 6 mars 1620, interdit aux notaires l'insertion des déclarations de majorité dans les actes de leur ministère, et l'annexion à ces actes des extraits de baptême, que l'on suspectait de cacher une fraude concertée entre les parties pour tourner la prohibition légale de contracter avec un mineur. Un nouvel arrêt de règlement du 26 mars 1664 interdit aux particuliers de prêter de l'argent aux fils de famille lors même qu'ils se déclareraient majeurs ou produiraient un extrait de baptême : on étendait ainsi aux contrats passés par acte sous seing privé la protection qui avait été édictée pour les contrats passés devant un officier public. Dans les pays de droit écrit, l'ancienne règle avait subsisté, sauf dans le ressort du Parlement de Bordeaux qui, par un arrêt du 11 mars 1619, avait devancé le Parlement de Paris dans la prohibition qu'édicte ce dernier.

A la fin de l'ancien droit, Pothier l'énonce en ces termes (1) : « la simple déclaration de majorité ne fait pas obstacle à la restitution, parce que cela ouvrirait une voie d'éluder la restitution en entier : ceux qui contracteraient avec des mineurs feraient insérer dans l'acte qu'ils se sont dits majeurs et diraient toujours que le mineur les a trompés, quoi-

(1) *Procédure civile*, n° 730.

que souvent ce serait plutôt un artifice pratiqué de leur part que de celle du mineur ».

Quelle sera la règle applicable dans le droit actuel ? L'article 1307, continuant la tradition de notre ancien droit, décide que la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution; il ne sera donc responsable que s'il a usé d'artifices frauduleux de nature à écarter les soupçons que sa jeunesse apparente aurait fait naître dans l'esprit de son cocontractant : telle serait la production d'un faux acte de naissance. Mais, d'après M. Deschamps (1), c'est une décision d'exception que l'on ne doit pas étendre aux autres incapables; ils seraient donc responsables d'une simple déclaration mensongère, parce que l'aspect de leur personne ne fournit aucun indice sur leur capacité.

Nous ne partageons pas cet avis : il est toujours loisible à un individu de s'informer de la capacité de la personne avec laquelle il contracte, car les incapacités reçoivent une publicité suffisante qu'il doit mettre à profit; c'est l'existence de cette publicité qui justifie l'article 1307, ainsi que le déclare Bigot-Préaumeu (2). Aussi la jurisprudence antérieure à la loi du 10 juillet 1850 déclarait-elle responsable sur ses biens dotaux la femme qui, mariée sous le régime dotal, avait dissimulé aux tiers la nature de son régime matrimonial, parce qu'ils n'avaient aucun moyen de vérifier l'exactitude de ses allégations (3); mais aujourd'hui, ce simple mensonge ne suffit plus à rendre la femme responsable, parce que la loi

(1) *Op. cit.*, p. 190 et s.

(2) Locré, XII, p. 391.

(3) Rouen, 21 mai 1853 (S., 56, 2, 430).

de 1850 a organisé un système de publicité qui permet aux tiers, du moins dans certains cas, de connaître le régime adopté par les époux. Le contractant doit donc, au lieu de se contenter d'une simple affirmation de capacité, remonter à la source grâce à laquelle il pourra en contrôler la véracité.

D'ailleurs, cette exigence se comprend facilement : sans elle, il serait à craindre que, pour se préserver de l'annulation, le tiers ne sollicitât de l'incapable une déclaration de capacité qui souvent lui serait consentie par faiblesse ; de sorte que la protection légale se retournerait en définitive contre les incapables eux-mêmes. Cette considération, qui s'était fait jour dans notre ancien droit et que rappelle Bigot-Préaumeu dans le passage que nous avons cité, est d'une portée générale. Aussi Pothier la reproduisait pour la femme mariée, à peu près dans les mêmes termes que pour le mineur : « Si celui qui a contracté avec cette femme a pu s'informer de son état et de sa condition, la femme, en ce cas, ne sera pas obligée envers lui... ; autrement, il y aurait une voie ouverte d'éluder la loi qui ne permet pas aux femmes de contracter sans autorisation, en leur faisant prendre la qualité de filles majeures ou veuves (1). »

A ce raisonnement, M. Deschamps objecte que la ruse sera déjouée, parce que le dol de l'incapable n'a pas pour conséquence le maintien du contrat ; son annulation est au contraire l'effet direct de l'incapacité, et le dol n'engendre, comme tout délit, qu'une obligation à des dommages-intérêts. L'auteur réfute l'opinion généralement admise en doctrine, d'après laquelle le maintien de la convention est la réparation la plus

(1) *Traité de la puissance maritale*, n° 53.

exacte et la plus naturelle du dol. Ce n'est pas la plus exacte : le plus souvent, elle sera supérieure à celle que le contractant aurait dû recevoir, car si l'incapable demande l'annulation du contrat, c'est qu'il le juge désavantageux pour ses intérêts. Il semble, à première vue, que l'obligation de réparer les conséquences du dol sera plus onéreuse pour lui que le maintien pur et simple du contrat : par exemple, s'il s'agit d'une vente, il devra, non seulement la restitution du prix, mais encore les dommages-intérêts que l'acheteur peut lui réclamer en sus. Cependant, si l'objet aliéné a augmenté de valeur, l'incapable a sans doute calculé qu'il a plus d'avantage à recouvrer la propriété de sa chose moyennant la restitution du prix à l'acheteur, dût-il lui payer une indemnité supplémentaire.

D'ailleurs il n'est pas seul en cause; ses créanciers peuvent avoir le plus grand intérêt à l'annulation : ainsi, supposons un contrat translatif de la propriété d'un immeuble appartenant à l'incapable; d'après l'opinion courante, l'acquéreur qu'il a trompé sur sa capacité obtiendra, comme réparation du dol, l'immeuble lui-même; or, il n'est que créancier chirographaire d'une indemnité; il devrait donc venir en concours avec les autres créanciers sur le prix de vente des biens de l'incapable; tandis que si on lui permet de s'approprier l'immeuble en nature, on crée en sa faveur un privilège contraire aux dispositions de l'article 2204 : ce n'est donc pas la réparation la plus naturelle.

Certes, on pourrait tirer profit de ces critiques, si l'on avait à organiser un système de réparation en harmonie avec les principes généraux de notre Code civil; mais nous ne croyons pas que tel ait été le système adopté par le législateur de 1804 : l'art. 1307

oblige le mineur qui a trompé son cocontractant sur sa capacité, à subir le contrat dont la formation est due à ses manœuvres frauduleuses; or, pourquoi ne pas appliquer à tous les incapables la solution qu'a donnée la loi pour l'un d'eux en particulier? M. Deschamps s'oppose à cette généralisation, en s'appuyant sur un argument historique dont nous devons examiner la valeur.

Dans le droit romain, dit-il (1), le mineur n'était pas à proprement parler un incapable; du jour de sa puberté, il devenait capable; seulement, lorsqu'il s'était livré à des opérations ruineuses pour ses intérêts, le Préteur lui octroyait la *restitutio in integrum*, qui avait pour but, non pas d'annuler le contrat, mais d'en paralyser les effets; l'acte demeurait bien valable en droit : sinon, il lui eût été inutile de demander la *restitutio*, et elle ne lui était accordée que s'il avait éprouvé une lésion. Or, lorsqu'il s'était fait passer dolosivement pour majeur, il était tout naturel de lui refuser la *restitutio* qui était pour lui, non un droit, mais une faveur dont il s'était rendu indigne par son dol; le Préteur, trouvant qu'il ne méritait plus sa protection, laissait subsister le contrat tel qu'il avait été originairement conclu : le maintien de la convention ne représentait donc pas la transformation d'une obligation d'indemnité pour dol; le contrat restait valable comme il l'avait toujours été, et produisait ses effets parce que le Préteur se désintéressait du mineur.

Au contraire, l'impubère, qui était un véritable incapable, pouvait invoquer la nullité des engagements contractés sans l'*auctoritas* de son tuteur, mais était

(1) *Op. cit.*, p. 247 et s.

obligé de réparer le dommage causé par son dol. Cela résulte de la loi 1, § 6, Dig., *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, 26-7 : un pupille a présenté à son cocontractant un faux tuteur ; Ulpien accorde à ce dernier la *restitutio in integrum* ; quel est le motif de cette décision ? Si la réparation du dol consistait dans le maintien du contrat, l'octroi de la *restitutio* n'aurait aucun sens pour le tiers ; il ne la demanderait pas, puisqu'il serait assuré de voir la convention subsister. Comme la *restitutio* produit l'effet inverse, son utilité ne peut se comprendre que si le contrat est destiné à tomber, le jour où l'incapable en établira la nullité. Elle a pour but de donner au tiers un moyen de parer à l'incertitude de sa situation ; celle-ci dépend en effet de l'attitude du pupille qui, selon son intérêt, demandera l'exécution du contrat ou se prévaudra de sa nullité pour habilitation irrégulière ; le tiers préviendra cette insécurité en se faisant restituer contre son engagement le jour où il s'apercevra de la nullité de l'opération. L'existence de la *restitutio* démontre donc que, malgré le dol du pupille, le contrat reste nul comme il l'était lors de sa formation, de même que le contrat passé par le mineur pubère qui s'est rendu coupable de dol, demeure valable comme il l'était au moment de sa conclusion.

Le droit français a établi pour les mineurs un régime uniforme, modelé sur celui qui existait à Rome pour les mineurs ayant dépassé l'âge de la puberté : ils ne sont restituables que s'ils prouvent la lésion dont ils ont été victimes. Certains auteurs ont regretté que leur condition n'ait pas été réglée sur celle du pupille : rationnellement, la protection légale n'a de raison d'être que si les actes passés par l'incapable lui causent un préjudice ; mais, pratiquement, il est

préférable d'admettre pour ces actes une présomption générale de lésion qui le dispense de toute preuve à cet égard. Si la loi ne l'a pas consacrée pour le mineur, c'est qu'elle a calqué exactement sa situation juridique sur celle du mineur de vingt-cinq ans en droit romain. Il faut en conclure que le mineur, aujourd'hui comme autrefois, n'est pas un incapable; il pourra seulement, par la preuve de la lésion, se faire restituer contre ses engagements; mais s'il a trompé son cocontractant sur son âge, la loi française, comme le Préteur romain, le punit de son dol en lui enlevant sa protection et en laissant subsister le contrat valablement conclu. L'article 1307 est donc un texte exceptionnel, visant les actes passés par une personne capable, et qui, pour ce motif, ne doit pas être étendu aux incapables.

Nous croyons au contraire que le mineur est bien un incapable. Au dix-huitième siècle, sa condition se caractérise par les deux traits suivants (1) : 1^o il est incapable de s'obliger, qu'il soit pubère ou impubère; 2^o mais il ne peut, même impubère, attaquer ses engagements qu'en prouvant la lésion : qu'est-ce à dire, sinon que l'incapacité du mineur est une incapacité véritable, ne se distinguant des autres que par son étendue ?

La situation juridique particulière au mineur en droit romain venait de ce que le Préteur, ne voulant pas entrer en conflit avec le droit civil, se proposait simplement d'en atténuer les rigueurs; pour respecter ses principes, il n'annulait pas les contrats passés par le mineur; mais il arrivait au même résultat par la voie détournée de la *restitutio*; de même le fils

(1) Flach : *La Minorité dans l'ancien droit*, n^{os} 16-20.

de famille emprunteur ou la femme intercédante n'avaient la faculté de se soustraire à leurs engagements, valables en droit, qu'en opposant l'*exceptio senatusconsulti Macedoniani* ou *Velleiani*. Mais aujourd'hui que cette dualité de sources législatives a disparu, on ne doit plus reconnaître qu'une seule classe d'incapables ayant, les uns, une incapacité complète, les autres, une incapacité restreinte.

Telle était déjà la solution de l'ancien droit : telle est également celle du Code civil. « En règle générale, dit Jaubert, le mineur est incapable de contracter (1) » : voilà le principe moderne, qui est tout l'opposé du principe romain ; et Bigot-Préameneu en précise le champ d'application lorsqu'il dit : le mineur est incapable de se léser et non de contracter (2). M. Deschamps déclare que l'expression « incapable d'être lésé » est impropre ; sinon, l'on devrait dire aussi que le majeur est incapable de se léser de plus des sept douzièmes du prix de vente d'un immeuble (article 1674). D'abord, dans ce cas, elle serait incorrecte, parce que l'incapacité se conçoit plutôt comme une mesure s'appliquant, non pas à un acte isolé, mais à une catégorie d'actes de nature à nuire à la personne que l'on veut protéger. De plus, le terme fût-il impropre, il n'en est pas moins vrai qu'il se trouve dans la loi : de la comparaison des articles 1124, 1125, al. 1, et 1312, il ressort que le Code place le mineur sur le même pied que l'interdit et la femme mariée ; ce sont tous les trois des incapables ; il est donc naturel que le dol dont ils se rendent coupables soit réprimé de la même façon (3).

(1) Locré, *op. cit.*, XII, p. 495.

(2) *Id.*, p. 391.

(3) Telle est la solution de la jurisprudence. Interdit légal :

On pourrait ajouter que cette interprétation a été consacrée par une loi postérieure au Code civil, celle du 10 juillet 1850, destinée à préserver les tiers contre le dol de la femme mariée sous le régime dotal. Elle impose à l'officier de l'état civil l'insertion dans l'acte de mariage de la réponse faite par les époux à l'interpellation qu'il leur adresse sur les trois points suivants : l'existence ou la non-existence d'un contrat de mariage : la date à laquelle il a été passé ; le notaire qui l'a rédigé (art. 75, al. 2 et 3, et 76-10°).

Lorsque les époux ont produit des déclarations exactes, les tiers ne seraient pas reçus à se prévaloir d'un mensonge de la femme sur la nature du régime adopté, pour écarter les dispositions du contrat qui leur porteraient préjudice ; ils ont, en effet, un procédé sûr et commode de vérifier ses assertions ; s'ils négligent de le faire, ils n'ont pas à se plaindre. Peu importe d'ailleurs que la dissimulation ait trait à l'existence ou seulement à l'étendue de la dotalité ; dans ce dernier cas, le dol est encore plus trompeur, parce qu'il se cache sous l'aveu partiel de la vérité ; mais il doit d'autant plus éveiller la circonspection des tiers, qui ne sont jamais excusables d'omettre les précautions de nature à les garantir (1).

La nécessité d'une protection se fait sentir lorsque les époux ont produit de fausses déclarations à l'officier de l'état civil ; l'article 1391 décide que si l'acte de mariage porte que les époux se sont mariés sans

Dalloz, *Répert. de jurispr.*, v° *Droits civils*, n° 770. — Interdit judiciaire : D. R., v° *Interdit*, n°s 248 et s. ; supplément, n°s 281 et s. — Femme mariée : Cass., 6 avr. 1898 (D., 98, 1, 306) ; v. cependant un arrêt dissident de la Cour de Paris du 6 nov. 1866 (S., 67, 2, 294).

(1) Lyon, 19 mai 1886 (S., 88, 2, 134).

contrat, la femme, si elle ne rectifie pas cette allégation lors de la conclusion du contrat par lequel elle s'engage, est réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun. Cela ne signifie pas qu'elle ne pourra plus leur opposer les clauses du contrat de mariage dont elle leur avait caché l'existence, et qu'elle sera censée mariée sous le régime de communauté légale : ce système, présenté par les Cours d'appel de Rouen et de Caen, fut écarté par le législateur qui voulait faire une loi spéciale au régime dotal, et non pas une loi générale. L'article signifie donc que la femme ne sera pas admise à se prévaloir de l'incapacité spéciale établie par ce régime, la seule qui soit exorbitante du droit commun, et qui consiste dans l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'insaisissabilité des biens dotaux (art. 1554) ; mais les conventions matrimoniales demeurent opposables aux tiers dans toutes les autres dispositions qu'elles contiennent.

M. Deschamps voit dans cette situation une seconde exception, devant être jointe à celle qui est relative au mineur, mais s'expliquant pour des motifs différents. L'incapacité dont il s'agit résulte non de la loi, mais de la volonté de la femme ; la loi lui permet de s'y soumettre, mais à condition de ne pas induire les tiers en erreur, sans quoi on la considère comme renonçant à l'invoquer. Au contraire, les autres incapacités étant édictées par le législateur, celui qui cherche à s'y soustraire commet une violation de la loi qu'il doit réprimer en maintenant la nullité du contrat, afin de montrer qu'elle conserve son autorité malgré les détours de ceux qui voudraient l'enfreindre ; la seule réparation possible consiste donc dans l'obligation d'indemnité envers la victime du dol.

Nous croyons que la différence d'origine existant entre ces deux sortes d'incapacités aurait dû plutôt entraîner dans la réparation du dol une différence inverse de celle que signale M. Deschamps. L'une dérive de la loi, qui est seule juge de l'opportunité de ses mesures de protection en faveur de la faiblesse, et qui les supprime lorsque l'incapable commet un dol, parce qu'alors il montre par son habileté qu'il n'a plus besoin d'être protégé contre les dangers de l'inexpérience dans les affaires. L'autre a sa source dans le contrat de mariage, c'est-à-dire dans un acte qui est la charte de l'association conjugale et qui contient des garanties pour l'avenir de la famille tout entière; comme il règle des intérêts multiples, on doit porter le moins d'atteinte possible à ses dispositions; c'est dans ce but qu'a été établi le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1395). Aussi le législateur de 1850, s'inspirant de l'esprit du Code civil, ne permit en faveur des tiers une modification aux clauses du contrat que pour les soustraire au péril le plus dangereux et le seul inévitable : celui qui résulte de l'adoption du régime dotal. Et encore ce point ne fut-il adopté qu'après discussion : Gavini proposait d'assurer la protection des tiers en leur accordant une action en dommages-intérêts contre la femme qui les trompait sur la nature de son régime matrimonial; mais on fit remarquer que leur sécurité serait insuffisamment protégée, car les dommages-intérêts sont la conversion en argent d'une acquisition qu'ils veulent réaliser en nature; on se rangea donc au système de Valette qui est le système légal (1).

(1) Folleville : *Le contrat de mariage*, p. 95 et s.

En résumé, la réparation du dol a été organisée de la façon la plus conforme à la satisfaction des intérêts de la partie lésée, fût-ce au détriment de l'incapable, peu digne d'attention; de même qu'au cas de dol général, elle a tout intérêt à l'annulation d'un acte qu'elle n'aurait pas conclu si son consentement avait été donné en pleine connaissance de cause, de même au cas de dol spécial, elle préférera le maintien d'un contrat sur la validité duquel elle a dû compter.

En ce qui concerne la faute, nous n'avons rien de particulier à noter. Si la déclaration mensongère de capacité ne rend pas l'incapable responsable, *à fortiori* doit-il en être ainsi de l'affirmation erronée, mais non frauduleuse (1). Quant aux autres fautes qui entraînent la responsabilité du contractant capable, l'incapable en sera responsable comme de tout délit; mais sa responsabilité sera diminuée parce que l'autre partie est en faute de ne pas s'être renseignée sur sa capacité.

(2) Rouen, 28 mars 1881 (S., 82, 2, 41); Limoges, 5 déc. 1883 (S., 85, 2, 111); Lyon, 3 fév. 1883 (S., 85, 2, 154); Bordeaux, 20 janv. 1893 (S., 94, 2, 32).

CHAPITRE II

Conséquences pratiques.

Pour apprécier la valeur pratique d'une théorie juridique, il faut examiner si les conditions et les effets de son application sont en conformité avec les solutions commandées par la justice et l'utilité sociales. Du jour où l'on reconnaît qu'elle n'est pas ou n'est plus en harmonie avec ces solutions, le rejet de la théorie s'impose, et l'on est dans la nécessité de construire un nouveau système dont les conséquences concordent avec les résultats auxquels conduit l'équité. Si le droit est en effet une science éminemment réaliste, déterminant les règles les plus propres à faciliter le développement économique de la société dans un milieu donné, ses conceptions, qu'elles soient le résultat des principes posés par le législateur ou des systèmes édifiés par le jurisconsulte, doivent se modifier lorsque se présentent des hypothèses nouvelles qu'elles ne peuvent régir par suite de leur étroitesse : si elles demeuraient telles, elles s'opposeraient à la poussée de la vie, alors qu'au contraire elles ont à s'élargir pour donner satisfaction à ses exigences. Aussi bien, telle est la méthode que nous suivrons dans cet examen critique, en étudiant les conséquences de la théorie précédente, relativement aux contrats passés par des personnes capables, par des incapables et par des représentants.

I. *Contrats passés entre personnes capables.* — Tout individu qui invoque un droit devant la justice est obligé d'en prouver l'existence ; donc celui qui réclame à quelqu'un l'indemnité d'un préjudice doit prouver la faute qui justifie son action en responsabilité. S'il s'agit d'un dol, cette preuve lui sera difficile, car le dol ne se présume pas. Il est vrai qu'il n'a aucun intérêt à déclarer son cocontractant coupable de dol, car si la responsabilité est délictuelle, la réparation, ainsi que nous le verrons plus bas, s'étend toujours à l'intégralité du préjudice, quelle que soit la gravité de la faute de son auteur : aussi se prévaudra-t-il généralement de la simple faute de son adversaire ; dans ce cas, quelle sera l'étendue de la preuve à fournir ? En pratique, on aura sans doute une tendance à admettre que le fait même de la nullité révèle implicitement l'existence d'une imprudence ou d'une négligence à la charge du défendeur ; mais, rigoureusement, le demandeur devrait démontrer qu'étant données les circonstances particulières dans lesquelles s'est nouée telle ou telle convention, l'autre partie n'a pas observé la mesure de diligence et d'attention requise d'un homme de prudence moyenne. Le succès de la poursuite dépendra donc de la plus ou moins grande sévérité du juge qui, placé sur un terrain délicat où les notions de faute minimale et d'absence de faute se rapprochent de plus en plus jusqu'à se confondre, se montrera parfois indécis dans cette recherche psychologique ; il est à craindre alors que, trouvant insuffisants les moyens de preuve apportés, il ne déboute la partie lésée de sa demande par suite de la liberté d'appréciation dont il dispose.

La doctrine néglige souvent ces questions de preuve ; c'est un tort, car en pratique elles ont une

importance capitale : à quoi bon reconnaître à une personne un droit qu'elle n'aura pas la possibilité de faire valoir ? Le résultat est le même que si on lui en déniait l'existence ; Ihering avait tellement bien senti l'importance de cet élément qu'il appelait la preuve « la rançon des droits » (1) ; et l'on a vu parfois les théories juridiques subir le contre-coup de l'influence qu'elle exerce dans la solution des problèmes pratiques : j'en citerai deux exemples.

Lorsqu'en justice le défendeur oppose une exception de nature à paralyser les prétentions du demandeur, c'est à lui à en établir le bien-fondé ; or, malgré ce principe rationnel, la doctrine allemande avait imposé la preuve des moyens justifiant l'*exceptio non adimpleti contractus*, non pas à celui qui s'en prévaut, mais à celui contre qui elle est dirigée ; elle était arrivée à ce résultat par l'analyse plus approfondie de la nature de cette exception. En effet, dans tout contrat synallagmatique, chaque partie n'est obligée à l'exécution que moyennant la prestation de l'équivalent promis par l'autre ; si donc celle-ci lui réclame cette exécution, elle doit prouver en même temps qu'elle a rempli sa propre obligation, car sa créance est subordonnée à cette condition qui en précise l'étendue. L'exception opposée par le défendeur n'est donc pas l'allégation d'un fait distinct de l'objet de la demande et tendant à l'écarter ; elle n'est que l'invitation adressée au demandeur de démontrer l'existence de son droit, avec les limites que lui assigne le contrat ; et cette preuve lui sera relativement facile, le débiteur ayant en main la quittance de libération à l'égard du créancier, qui lui, au contraire, serait

(1) *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, IV, p. 200 et s.

souvent dans l'impossibilité de prouver l'absence de droit de son adversaire (1).

C'est une considération analogue qui, en matière d'accidents de travail, avait conduit la doctrine belge et française, sous l'inspiration de MM. Sainctelette et Sauzet, à substituer à la théorie de la responsabilité délictuelle, qui impose à la victime la preuve de la faute du patron, celle de la responsabilité contractuelle qui met à la charge de ce dernier la preuve de l'absence de faute. Or c'est un but semblable que nous cherchons à atteindre ; mais il est facile de prévoir l'objection qu'on sera tenté de nous adresser.

Le déplacement du fardeau de la preuve est contraire aux principes généraux ; sans doute la faute contractuelle se présume, en ce sens que le créancier n'a qu'à produire son titre de créance pour rendre le débiteur responsable de l'inexécution de son obligation, sans avoir à démontrer qu'elle provient de sa faute ; et c'est à ce titre que la doctrine déclarait le patron responsable des accidents survenus à ses ouvriers, parce qu'ils se manifestaient, jusqu'à preuve contraire, comme la violation fautive du contrat de louage d'ouvrage qui l'oblige à veiller à leur sécurité. Mais notre hypothèse est totalement différente : ou bien le contrat ne s'est pas formé parce que l'une de ses conditions essentielles a fait défaut, ou bien il s'est formé, mais entaché d'un vice qui a permis à l'une des parties d'en demander l'annulation, et par suite l'anéantissement rétroactif. Dès lors, les deux parties se trouvent placées dans la situation de deux personnes quelconques, soumises au droit commun

(1) Saleilles : *Du refus de payement pour inexécution du contrat*, p. 17-23.

de la responsabilité qui pèse sur la généralité des individus, et qui est contenue dans l'article 1382; si donc l'une a par ses agissements causé préjudice à l'autre, celle-ci en obtiendra la réparation, mais à condition de prouver la faute de la première, car la faute délictuelle ne se présume pas.

Admettons, pour ne pas anticiper sur les développements postérieurs, que les principes de la responsabilité contractuelle soient inapplicables en notre matière : le système adverse encourt néanmoins le reproche d'être en désaccord avec la réalité des faits. Il assimile les contractants à deux individus qui, dans leurs rapports réciproques, ne sont pas sortis du cercle des devoirs généraux des hommes les uns à l'égard des autres; or il est indéniable que si la convention ne s'est pas formée ou n'a pas été susceptible de produire un effet durable, ils ont eu cependant des relations contractuelles; c'est là un fait : pourquoi soutenir le contraire en droit? Le droit ne puise-t-il pas ses conceptions dans la réalité vivante? Une pareille opposition est donc l'indice probable que l'annulation n'équivaut pas à la disparition complète du contrat, de même que l'exception *non adimpleti contractus* n'est pas une véritable exception; la théorie classique repose sur une confusion qui conduit nécessairement à une inexactitude, par la logique des déductions.

Cet indice fourni par la simple observation des faits se corrobore par l'analyse de la nature de l'indemnité allouée au contractant. Lorsque le contrat est valable, qu'il donne naissance à une obligation de donner ou à une obligation de faire, le débiteur est tenu en principe à l'exécution en nature; et ce n'est qu'au cas où il ne peut y être contraint maté-

riellement que son obligation se transforme en une dette d'indemnité : les dommages-intérêts représentent donc la diminution subie par le patrimoine du créancier quant à la perte éprouvée et au gain manqué par l'inexécution de l'obligation de son débiteur.

Mais lorsque le contrat est nul, il ne saurait être question d'établir une pareille équivalence, car chacune des parties est dispensée de l'exécution de sa propre obligation. La perte subie par celle qui comptait sur la validité du contrat n'est donc pas égale à la valeur de l'objet qui devait entrer dans son patrimoine, puisqu'en revanche il n'a pas été diminué par une prestation faite au profit du patrimoine de l'autre. Elle comprend les frais déboursés par la partie en vue de la conclusion du contrat (frais d'acte, de déplacement, d'expédition, etc...), et pendant le temps qu'a duré l'exécution si la nullité n'a été découverte qu'après cette époque (impenses faites à la chose vendue ; frais de la demande en garantie d'éviction intentée par un sous-acquéreur contre l'acheteur, lorsque le premier vendeur a revendiqué sa chose après avoir fait annuler le contrat pour erreur ; dépenses nécessitées par le commencement d'exécution d'un mandat, etc...).

Ainsi qu'on le voit, ce premier élément de l'indemnité est identique, par son étendue, à l'élément correspondant de l'indemnité due pour résolution du contrat ; mais elles diffèrent par le second élément qui est le gain manqué.

En effet, la résolution, comme l'annulation, tend à replacer les contractants dans la situation où ils étaient antérieurement à la convention, par la restitution réciproque des prestations versées ; on comprend donc que l'exercice de l'action en résolution

fasse obtenir à la partie le remboursement des dépenses nécessitées par la formation même du contrat : c'est un point commun entre ses effets et ceux de l'action en nullité, et une différence entre ces mêmes effets et ceux de l'action en exécution ; car l'exercice de cette dernière supposant le maintien de la situation créée par le contrat, les frais déboursés en vue de sa conclusion ne sont pas sans cause entre les mains de la partie qui en a reçu le montant, et qui par suite ne sera pas obligée à leur remboursement. Mais d'autre part, bien que le contrat soit résolu, il serait injuste de refuser au contractant le gain qu'il devait lui procurer, puisqu'il avait été valablement formé : on ne le pourrait que si l'on assimilait la résolution à l'anéantissement, à l'annihilation de l'acte juridique ; or, ce serait fausser le sens de cette institution. En effet, le contrat existe comme valable ; la résolution, bien loin d'impliquer son effacement complet et rétroactif, est au contraire une garantie de son exécution ; il doit donc produire tous ses effets ordinaires, à l'exception de ceux qui sont incompatibles avec l'idée même de résolution, tel l'accomplissement des prestations à fournir par les parties. Le contractant sera donc obligé, par l'action en résolution comme par l'action en exécution, au paiement d'une indemnité compensatoire du gain manqué par suite de l'inexécution du contrat.

Ce point de ressemblance entre les deux actions est aussi un point de dissemblance entre elles et l'action en nullité. Ni l'un ni l'autre des contractants n'a droit aux avantages qu'il aurait retirés de l'exécution d'une convention nulle, puisque la nullité a pour résultat de lui enlever toute force obligatoire à leur égard ; le contrat nul ne peut évidemment produire

les effets d'un contrat valable. Mais la nullité peut avoir empêché l'une des parties de réaliser le bénéfice que lui aurait procuré l'exécution d'un autre contrat, dont elle a repoussé la conclusion dans l'ignorance de cette nullité. Exemple : Un individu manque une vente avantageuse qu'on lui propose de son immeuble, parce qu'il vient de l'échanger ; si l'objet qu'on lui a promis en contre-échange est un objet impossible, l'échange est nul, et le contractant va perdre définitivement le profit qu'il aurait retiré de la vente, si l'occasion manquée ne se retrouve plus ; cette perte provient donc en droite ligne de la nullité de l'échange et doit figurer dans le calcul de l'indemnité.

En résumé : pertes matérielles occasionnées par la formation d'un acte juridique inefficace, et gain perdu par la disparition d'une occasion de le réaliser que cet acte a empêché de mettre à profit, tels sont les deux éléments, dont la somme représente l'intérêt qu'avait le contractant à ne pas s'engager dans un contrat nul : c'est ce que Ihering a appelé l'intérêt *négatif* (*Negative Vertragsinteresse*), par opposition à l'intérêt *positif* ou d'exécution (*Erfüllungsinteresse*) (1).

Or l'intérêt, qu'il soit négatif ou positif, est toujours un intérêt contractuel, s'attachant à l'exécution d'un contrat qui a été ou qui devait être formé : qu'importe que son étendue varie selon les cas ? L'intérêt négatif sera inférieur à l'intérêt positif, si le gain qu'aurait procuré le contrat non conclu est inférieur à celui qu'on aurait retiré du contrat nul ; mais s'ils sont

(1) *Les dommages-intérêts pour contrat manqué* : œuvres choisies, trad. Meulenaere, II, p. 16-22 ; Saleilles : *Th. génér. de l'oblig. d'après le projet de C. civ. allemand*, p. 159.

égaux, les deux intérêts le seront aussi, et l'indemnité qui représente l'intérêt négatif sera égale à celle qui serait due pour résolution du contrat nul supposé valable : or, si cette dernière a une origine contractuelle, comment l'autre aurait-elle une source délictuelle ? Comme les dommages-intérêts d'inexécution résultent d'une convention sous-entendue entre les parties, il doit en être de même des dommages-intérêts de nullité ; la conséquence est qu'ils se limiteront aux prévisions possibles des parties (art. 1150). Si donc l'intérêt négatif surpasse l'intérêt positif, l'indemnité allouée ne sera pas supérieure à l'indemnité d'exécution, parce que les contractants n'ont pu vouloir s'engager au delà de cette mesure relativement à la réparation du préjudice causé par la nullité ; au contraire, les principes de la responsabilité délictuelle conduisent à une réparation intégrale.

II. *Contrats passés par les incapables.* — La responsabilité étant délictuelle incombe nécessairement au contractant incapable ; or il n'est pas responsable de l'inexécution du contrat ; n'y a-t-il pas antinomie entre ces deux décisions ? Que le contrat soit nul ou valable, l'autre partie s'est mise en contact volontairement avec l'auteur du préjudice, et a toujours à se reprocher de ne pas s'être renseignée sur la capacité de son cocontractant ; cette négligence doit donc dans les deux cas faire pencher la balance en faveur de l'incapable, pour le rendre irresponsable de la faute qu'il a commise, soit dans l'exécution, soit dans la formation du contrat : l'identité de motifs appelle une similitude de solutions.

III. *Contrats passés par les représentants.* — La responsabilité d'un délit est supportée par celui qui

en est l'auteur ; elle devrait donc l'être, dans notre hypothèse, par le représentant, et non pas par le représenté ; or cette solution aboutit à des résultats bien peu naturels, qu'il s'agisse d'un représentant proprement dit, contractant au nom d'autrui, ou d'un messenger, simple intermédiaire matériel destiné à transmettre la volonté de son mandant.

En effet, il est assez singulier de faire peser la responsabilité du dommage causé par la nullité sur un tiers qui n'a pas été partie à la formation du contrat (1) ; puisque le préjudice n'aurait pas existé si la partie qui en souffre ne s'était pas prêtée à cette formation, n'est-il pas juste qu'elle en demande la réparation à la personne qui a uni son consentement au sien pour donner naissance à la convention ? Or le messenger, loin d'exprimer son propre consentement, manifeste celui du mandant ; il n'est, comme on l'a dit avec raison, qu'une lettre vivante ; le contrat par lettre et le contrat par messenger sont deux variétés du contrat par correspondance ; il ne doit donc pas plus être responsable de la nullité que de l'inexécution du contrat.

Le représentant est, il est vrai, un véritable contractant, exprimant son propre consentement et non celui du représenté ; mais on sait que les obligations issues du contrat passé dans la limite de ses pouvoirs sont à la charge du représenté ; c'est à ce titre que le représentant est irresponsable de l'inexécution du contrat. Or, si on le rend responsable de sa nullité, on établit une opposition de principes analogue à celle que nous avons signalée relativement à l'incapable, mais qui n'est pas plus justifiée que celle-ci ;

(1) V. Dernburg : *Pandekten*, II, p. 27 et n. 8.

que la faute ait été commise dans la formation du contrat, ou qu'elle soit une contravention au contrat une fois formé, l'irresponsabilité s'impose pour le représentant comme pour le messager.

En résumé, l'examen que nous venons de faire nous a permis de constater que la théorie classique ne donne pas en tous points satisfaction aux besoins de la pratique et aux exigences de la justice, et qu'il serait avantageux de la remplacer par une théorie basée sur la responsabilité contractuelle. Il s'agit maintenant de la construire; tous nos efforts doivent tendre à écarter l'objection qui semble s'opposer à son admission et qui est la suivante : le contrat étant nul ou annulé, comment donnerait-il naissance à une action contractuelle ?

DEUXIÈME PARTIE

Théorie des dommages-intérêts basée sur la responsabilité contractuelle.

CHAPITRE PREMIER

Exposé théorique.

La théorie que nous allons développer a son origine dans le droit romain ; nous devons donc étudier en premier lieu, au double point de vue exégétique et historique, les textes que les jurisconsultes romains nous ont laissés sur la matière ; après avoir dégagé le principe qui paraît ressortir de cet examen, nous essaierons de le suivre au cours de notre ancien droit, pour montrer en dernier lieu qu'il est consacré par notre Code civil : d'où la division de ce chapitre en trois sections.

SECTION I^{re}

Droit romain.

§ 1. — *Étude des textes.*

Justinien, dans le paragraphe 5 aux *Institutes*, liv. III, tit. xxiii, examinant le cas d'un individu qui, trompé par son vendeur (*deceptus a venditore*), achète

de bonne foi un objet hors du commerce, s'exprime en ces termes : *habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest deceptum non esse*. A la lecture de ce texte, on pourrait croire que l'indemnité qu'il accorde à l'acheteur ne lui est due que dans l'hypothèse de dol du vendeur. Mais le Digeste en contient d'autres qui ne supposent aucune fraude de la part de ce dernier ; le plus net est un texte de Modestin, qui est ainsi conçu : *qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur* (l. 62 § 1, Dig., *De contr. emtione*, 18-1). L'emploi du mot *decipi* ne fait pas allusion à un dol du vendeur ; il signifie simplement que l'acheteur a éprouvé une déception ; le texte fait mention de sa bonne foi, mais n'indique pas, comme le précédent, que son erreur provient d'un dol de son cocontractant ; nous n'avons donc aucune raison d'en supposer l'existence, puisque le texte n'en parle pas.

Néanmoins, d'après un système aujourd'hui complètement abandonné et qui fut autrefois soutenu par Mommsen, le dol serait la cause génératrice de la responsabilité du vendeur. On fait découler cette solution des principes du droit romain : dans cette législation, dit-on, la simple faute n'engendre une action en dommages-intérêts que dans un nombre de cas limité ; l'unique source générale de la responsabilité délictuelle est le dol, auquel on doit assimiler la faute lourde (l. 226, Dig., *De verb. signif.*, 50-16) (1).

(1) V. Mommsen : *Unmöglichkeit der Leistung*, 1853, p. 122 et s. — *Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, 1879, p. 37 et s., 185 et s. — *Contra* : Leonhard : *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1881, p. 305 et s.

Cette opinion repose sur une double inexactitude : d'abord, l'assimilation de la faute lourde au dol n'a pas lieu dans les relations extracontractuelles qu'elle rendrait impraticables ; si par exemple, dit Ihering, le fait de donner un renseignement erroné, de porter sur quelqu'un un jugement mal fondé, nous obligeait à réparation envers nos semblables malgré notre bonne foi, la vie ne serait plus possible ; « toute l'indépendance de la conversation serait perdue, et le mot le plus innocent deviendrait une corde pour nous pendre. » La généralité de la loi 226 n'offre pas un argument péremptoire en faveur de l'opinion contraire ; sinon, il serait difficile de comprendre pourquoi l'assimilation qu'elle vise est relatée dans d'autres textes qui tous se réfèrent à l'inexécution des contrats ; elle se conçoit, en effet, dans les rapports contractuels, qui obligent à une mesure de diligence plus étroite, et qui ne présenteraient aucune sécurité si l'un des contractants pouvait causer préjudice à l'autre par l'imprudence la plus grossière (1).

En outre, le système de Mommsen ajoute aux textes qui, à part celui des Institutes, déclarent le vendeur responsable, sans distinguer s'il a ou non commis un dol ; sa responsabilité n'a donc pas un caractère délictuel. Aussi Ihering a-t-il cherché l'explication de ces décisions en se plaçant sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

I. *Système de Ihering ou Théorie de la Culpa in contrahendo* (2). — Le système de Ihering part de ces

(1) L. 1 § 1, Dig., 11-6 ; l. 32, 16-3 ; l. 7 § 1, 26-10 ; l. 1 § 5, 44-7.
— *Adde* : Ihering : *op. cit.*, p. 12 et s.

(2) *Op. cit.*, p. 23 et s. ; Vangerow : *Lehrb. der Pand.*, I, p. 165 ; Saleilles : *Nouv. rev. hist. de droit*, 1888, p. 536, n. 2.

deux idées qui ressortent des textes : 1^o La responsabilité qu'ils édictent est contractuelle ; ce caractère se reconnaît à un critérium qui est, il est vrai, de pure forme, mais qui présente néanmoins la plus grande certitude : c'est le nom même de l'action intentée par l'acheteur : action *empti* ; il indique qu'elle est la sanction d'une obligation issue du contrat de vente. La dénomination des actions, sous le système formulaire, était particulièrement significative ; chacune y avait sa formule distincte, qui contenait un exposé succinct des points de fait et de droit du litige, et son nom était l'expression la plus brève du rapport juridique sur lequel s'appuyait le demandeur pour soutenir sa réclamation.

2^o Le contrat est nul : les expressions : *nullam esse emptionem, licet emptio non teneat*, ne laissent aucun doute à ce sujet.

En combinant ces deux idées, Ihering arrive, par une pente naturelle, à la solution cherchée : puisque le contrat donne naissance à l'action *empti*, c'est que, malgré sa nullité, il est susceptible de produire certains effets ; cette nullité doit être entendue dans un sens restrictif : elle signifie simplement que le vendeur ne sera pas obligé de livrer la possession de la chose vendue, ni l'acheteur d'en payer le prix ; mais elle n'implique pas que le contrat n'a jamais eu d'existence ; une pareille idée ne serait qu'une fiction, car aucun raisonnement ne peut effacer ce fait que les parties se sont rencontrées sur la scène juridique pour conclure une convention ; si elle avait réuni les conditions légales de validité, elle aurait eu force obligatoire à leur égard ; mais sa nullité n'enlève pas aux parties leur qualité de contractantes. — Parler de nullité du contrat, c'est donc se servir d'un terme

abréviatif, pour dire d'un mot que ses effets réguliers et normaux n'auront pas lieu ; mais le contrat existe, et le lien de droit qui a incontestablement rapproché les parties n'est pas dénué de toute efficacité, au point d'être impuissant à produire d'autres effets accessoires ; malgré le vice qui l'entâche, il lui reste encore assez de force pour donner naissance à des obligations secondaires, dont l'une consistera dans la prestation de dommages-intérêts à la partie qui a éprouvé un préjudice.

Cette obligation particulière n'est en effet que l'une des nombreuses manifestations de l'obligation plus générale de bonne foi contenue dans le contrat. S'il avait un objet licite, chaque partie devrait, en raison de cette bonne foi qui est l'âme des conventions, exécuter l'obligation qu'elle a assumée, et à défaut, payer à son cocontractant une indemnité équivalente à l'intérêt d'exécution. Le contrat ayant un objet illicite, ni l'une ni l'autre de ces obligations ne prendront naissance ; mais il en engendrera d'autres qui seront toujours les conséquences de la bonne foi sur laquelle il repose : chacun des contractants aura l'action du contrat pour obtenir la répétition de sa prestation ; en outre, celui qui a souffert de la nullité obtiendra de l'autre, par la même action, une indemnité représentative du dommage qu'il a subi pour s'être prêté à la formation du contrat.

Que la vente soit valable ou nulle, la responsabilité du vendeur prend sa source dans une faute initiale : dans le premier cas, il a contracté un engagement qu'il devait se savoir incapable de remplir ; dans le second, il a proposé un contrat dont il devait connaître la nullité. L'ignorance de la partie peut bien être un palliatif de sa faute, mais elle ne la supprime point ;

si elle s'était mieux renseignée, elle aurait eu connaissance de l'obstacle qui s'opposait à la validité du contrat ; si, malgré toutes ses informations, elle conservait encore quelque doute, elle devait en avertir son cocontractant : ne l'ayant pas fait, elle a commis une *culpa in contrahendo*, dont il est juste qu'elle soit responsable.

Ce point de vue est d'ailleurs conforme à la théorie générale de la responsabilité en droit romain : Ihering montre par des exemples empruntés aux textes, que l'erreur ou l'ignorance n'est pas toujours une cause d'irresponsabilité ; l'un d'eux est tiré de la matière de la garantie des vices cachés. L'édit des édiles qui l'avait organisée, reposait sur ce principe que tout individu qui vend sa chose doit en connaître les vices, et par conséquent doit en faire la déclaration à l'acheteur ; peu importe, dit Ulpien, qu'en fait il les connaisse ou les ignore, que l'acheteur éprouve un dommage par suite de l'ignorance ou de la ruse de son vendeur ; il sera responsable, car il a eu la possibilité de les connaître (l. 1 § 2, Dig., *De ædil. edict.*, 21-1). Un autre texte d'Ulpien justifie l'obligation de garantie par une raison analogue : celui qui vend un esclave voleur ou fugitif en affirmant l'absence de vices est responsable même s'il les ignorait, car on ne doit pas affirmer ce dont on n'est pas certain (l. 13 § 3, Dig., *De act. empt. et vend.*, 19-1).

Ainsi, le vendeur est coupable de ne pas connaître les vices de sa propre chose ; pour des motifs semblables, il commet une faute lorsqu'il vend une chose hors du commerce ; et c'est sur le fondement de cette présomption de faute qu'il est obligé à des dommages-intérêts envers l'acheteur.

Il serait donc inexact de vouloir considérer le

contrat nul comme une vente putative, donnant à l'acheteur les mêmes droits qu'une vente valablement contractée. Parfois, il est vrai, le droit prend en considération la croyance erronée des parties dans la validité de certains rapports juridiques pour en faire découler les mêmes effets que s'ils avaient une existence légale. Ainsi, dans le droit des personnes, l'homme libre se croyant l'esclave d'un autre qui le possède de bonne foi, acquiert pour celui-ci le produit de son travail et les bénéfices qu'il retire des biens de son prétendu maître (Inst. II, 9 § 4). Dans le droit des choses, le possesseur de bonne foi acquiert les fruits comme le véritable propriétaire ; de même, à l'époque classique, certains jurisconsultes admettaient que le juste titre putatif suffisait à rendre possible l'usucapion, lorsque l'erreur de l'usucapant était excusable (l. 5, Dig., *Pro suo*, 44-10 ; l. 11, *Pro empt.*, 44-4). Dans le droit des obligations, l'action *pro tutela* est donnée au pupille contre le tuteur putatif.

La différence essentielle qui sépare toutes ces hypothèses de la nôtre, c'est que l'action par elles visée est en tous points semblable à celle qui est attribuée au maître, au propriétaire, à l'usucapant, au créancier véritables ; tandis que l'action *empti* est bien différente de celle qui appartient à l'acheteur dans le cas d'une vente valable. Les textes la présentent en effet comme une action en indemnité, non pas pour inexécution d'un contrat qui ne pouvait être exécuté, mais bien pour conclusion d'un contrat qui n'aurait pas dû être formé : elle fait obtenir à l'acheteur l'intérêt qu'il avait à ne pas éprouver de déception par suite de la nullité, c'est-à-dire l'intérêt négatif.

Mais si, par son objet, elle se sépare profondément de l'action en exécution, elle s'en rapproche par la

communauté de nom qui atteste la communauté d'origine; c'est bien une action contractuelle, sanction d'une responsabilité issue du contrat lui-même; et Ihering a résumé sa théorie dans la règle qu'il énonce en ces termes : « La *culpa in contrahendo* n'est autre chose que la *cūlpa* contractuelle dans une direction spéciale. » De ce caractère, il tire les conséquences suivantes :

Le degré de la faute dont le contractant sera responsable ne sera pas toujours le même; il variera suivant une gradation identique à celle qui existe dans la faute relative à l'exécution des contrats; ainsi, par l'action *empti*, l'acheteur pourra demander au vendeur la réparation du préjudice causé par la *culpa levis in abstracto*. L'action en responsabilité sera transmissible aux héritiers activement et passivement, puisqu'elle n'est qu'une variante de l'action du contrat; comme elle aussi, elle sera soumise à la prescription. Elle ne sera pas admise dans la donation. Elle ne pourra être exercée que contre les contractants, et non pas contre les tiers qui ont prêté leur concours à la formation du contrat, messagers ou représentants. Mais Ihering éprouve des doutes sur le point de savoir si elle ne pourra l'être non plus contre l'incapable.

Nous reviendrons plus tard sur ces diverses propositions, dont l'étude intéresse plutôt le droit moderne; ici, nous avons uniquement à chercher comment s'explique en droit romain le principe d'où elles découlent; or, sous ce rapport, le système de Ihering a été combattu par Brinz.

II. *Système de Brinz* (1). — Le système de Brinz se ramène au dilemme suivant : ou le contrat est nul, ou il est valable ; est-il nul, il ne peut donner naissance à aucune action ; est-il valable, le créancier a droit à l'action du contrat pour en obtenir l'exécution ; or l'ensemble des textes déclare que si la vente a pour objet une chose quelconque, même hors du commerce, pourvu qu'elle soit existante, l'acheteur de bonne foi est en droit d'exercer contre le vendeur l'action du contrat ; c'est donc que le contrat est valable ; et par suite, l'action qu'il engendre tend, sinon à l'exécution en nature, du moins à l'intérêt d'exécution.

Pour démontrer cette proposition, Brinz compare les textes qui supposent l'acheteur de mauvaise foi, et ceux qui se placent dans l'hypothèse où il est de bonne foi ; les premiers concordent pour admettre la nullité de la vente ; c'est ce que dit Paul, par exemple, à propos de la vente dont personne ne serait excusable d'avoir ignoré le caractère illicite (l. 34 § 1, Dig., *De contr. empt.*, 18-1). Les seconds, au contraire, nous présentent le vendeur obligé par l'action du contrat : en effet, Paul, dans le § 2 de la loi précitée, ajoute : nous ne pouvons acheter un homme que nous savons libre ; nous ne pouvons même conclure cette vente sous la condition qu'il devienne esclave, car il n'est pas permis d'escompter des malheurs de cette sorte ; le jurisconsulte laisse donc entendre que si nous sommes de bonne foi, l'achat sera valable. D'ailleurs, cette induction se trouve confirmée par des textes de Pomponius et Licinius Ru-

(1) *Lehrbuch der Pandekten*, II, p. 127-130 ; et Brinz-Lotmar, *cod.* IV, p. 428-432.

finus, qui déclarent valable la vente d'une chose hors du commerce : *emtio intelligi* ou *contrahi potest* (ll. 4 et 70 h. t.).

L'existence légale du contrat étant ainsi nettement établie, Brinz en conclut que l'action qu'il engendre au profit de l'acheteur est l'action en garantie. L'identité de nature de ces deux actions résulte d'abord de la similitude des conditions requises pour qu'elles puissent être intentées : l'acheteur doit avoir été dans l'ignorance de la situation juridique de la chose objet du contrat ; c'est la condition nécessaire, mais suffisante, car, de même que l'action en garantie, elle s'exerce contre le vendeur même de bonne foi. En outre, certains textes désignent le montant de l'indemnité par des expressions analogues à celles que l'on rencontre en matière de garantie : ainsi, la loi 9 C., *De evict.*, 8-45, prévoyant la vente d'une chose dont l'acheteur n'a pas la possession paisible, lui octroie l'action en garantie pour obtenir *quantum sua interest* ; or, ces mots sont reproduits dans la loi 25, qui accorde à l'acheteur d'un homme libre vendu comme esclave l'action *ex stipulatu* ou l'action *emti* selon que le contrat a été ou non précédé de la *stipulatio duplæ*. De même, d'après la loi 2 C., *De adsert. toll.*, 7-17, si l'individu qui revendique sa liberté en justice meurt au cours du procès, l'acheteur aura la faculté de recourir contre son vendeur pour lui demander d'établir que l'homme vendu était esclave, ou, s'il ne peut apporter cette preuve, pour faire retomber sur lui le péril de l'éviction : *quatenus evictionis periculum ad eum revertatur*.

A ce double point de vue, soit des conditions auxquelles est assujéti l'exercice de l'action issue d'un contrat dont l'objet est illicite, soit des effets qu'elle

est susceptible de produire, le raisonnement de Brinz nous paraît contestable; entre cette action et l'action en garantie, nous croyons possible de relever des différences de nature à écarter l'assimilation qu'il a voulu établir entre elles.

Nous constatons d'abord que les deux situations ne sont pas les mêmes : Savigny (1) a fort bien observé que ce qui empêche l'acheteur évincé de conserver la possession paisible de la chose vendue, c'est sa situation personnelle vis-à-vis de cette chose, juridiquement inférieure à celle du tiers auteur de l'éviction, qui a sur elle un droit plus plein que le droit transmis par le vendeur; le maintien de l'acheteur dans sa possession permanente n'est donc pas impossible à obtenir du vendeur; il est seulement plus difficile à réaliser que si le vendeur avait été propriétaire dès l'origine. Au contraire, il lui est impossible de procurer à l'acheteur la possession paisible d'une chose hors du commerce, parce qu'il n'a aucun moyen d'en acquérir la propriété; il ne saurait donc le préserver des conséquences d'une éviction. Comment alors les règles qui gouvernent ces deux situations seraient-elles identiques, ainsi que le prétend Savigny?

Sans doute, l'acheteur n'a pas droit à la garantie, lorsqu'il sait qu'on lui vend la chose d'autrui; mais il ne s'en suit pas que dans ce cas le contrat soit nul; tandis que tous les auteurs s'accordent à admettre la nullité de la vente lorsque l'acheteur en connaît le caractère illicite. Cette première différence résulte de la comparaison du § 2 précité de la loi 34, 18-1, avec le § 3, qui envisage la vente d'une chose furtive :

(1) *Obligations*, trad. Girardin, II, p. 438 et s.

lorsque les deux parties sont de mauvaise foi, le contrat est nul, non pas parce que la transmission de propriété n'a pu s'opérer, car tel n'est pas l'objet de la vente consensuelle dans les idées romaines, mais parce que l'opération ne serait en réalité qu'un vol, les contractants ayant conscience de leur défaut de droit. Mais si l'acheteur seul est de mauvaise foi, il dépend du vendeur d'obtenir le prix de vente en exécutant la prestation de la chose vendue ; le contrat est donc valable, puisque le vendeur peut lui faire produire ses effets normaux. Au contraire, il n'a pas cette ressource lorsque la vente porte sur un objet illicite, parce qu'un tel acte est nul.

D'autre part, l'indemnité allouée à l'acheteur n'a pas la même nature que celle qu'il obtient par l'action en garantie. Lorsque le contrat a été précédé d'une *stipulatio duplæ*, il a droit, au cas de vente nulle, à une indemnité égale au double du prix de vente, c'est-à-dire égale à celle qui lui est accordée lorsque après avoir contracté une vente valable accompagnée d'une *stipulatio* semblable, il intente contre son vendeur l'action en garantie ; mais il n'y a là qu'une coïncidence de fait, d'où l'on ne saurait induire en droit la validité du contrat qui porte sur un objet illicite. En effet, dans cette hypothèse, la *stipulatio duplæ* ne se présente pas comme une convention accessoire, jointe par les parties à un contrat principal dont elles ont voulu garantir l'exécution, qui par suite suppose la validité de ce dernier ; c'est elle qui constitue le contrat principal, ou plutôt le contrat unique, l'autre n'ayant pas d'existence légale ; son objet est licite : c'est la réparation du préjudice que subira l'acheteur par suite de la nullité ; la présence de l'action *ex stipulatu* se conçoit donc, puis-

qu'elle est l'action en exécution d'un contrat valable par lui-même, indépendamment de la vente.

Il est d'ailleurs à remarquer que les textes qui l'accordent se réfèrent spécialement à la vente de l'homme libre ; or la nullité de ce contrat n'apparaîtra que lorsque l'exercice de la *vindicatio libertatis* aura eu pour conséquence l'éviction de l'acheteur ; on comprend ainsi que dans ce cas particulier, les dommages-intérêts dus en conséquence de la nullité soient fixés au chiffre ordinaire des indemnités stipulées dans l'éventualité d'une éviction.

Mais la différence entre les deux modes d'évaluation se manifeste, quand l'indemnité n'a pas été déterminée à forfait, par une convention préliminaire : lorsque la vente porte sur la chose d'autrui, l'acheteur évincé par le propriétaire demande à son vendeur, sous forme d'équivalent pécuniaire, l'exécution d'une obligation qu'il n'a pas remplie : la délivrance de la possession paisible ; comme son patrimoine se trouve diminué de la valeur de la chose qui y était entrée, le vendeur devra lui prêter cette valeur qui représente la perte éprouvée. Mais si le contrat est nul, l'acheteur ne sera jamais reçu à réclamer, sous une forme quelconque, l'exécution de l'obligation de délivrance, puisque la possession de la chose vendue est légalement prohibée ; le préjudice ne résulte pas pour lui de ce que son patrimoine a subi une diminution de valeur, puisqu'elle ne devait pas y entrer, mais de ce que le vendeur a inutilement détourné son activité vers une opération de laquelle il ne doit retirer aucun profit ; l'indemnité allouée doit donc avoir une quotité différente.

A ces raisons juridiques viennent s'ajouter des considérations économiques : comment estimerait-on

la valeur de la chose enlevée à la possession de l'acheteur? D'après son sens étymologique, la valeur est le pouvoir de représentation des choses les unes par les autres; cette donnée est donc fournie par les échanges et nécessite la mise de ces choses dans le commerce; sinon, l'on ne pourrait en déterminer le prix que par comparaison aux choses semblables qui sont dans le commerce: par exemple, un homme libre serait taxé comme s'il était esclave, un temple comme un édifice de mêmes dimensions et de même richesse, un lieu sacré comme un terrain de même surface et de même qualité (1); mais les textes ne font nulle part allusion à ce procédé d'évaluation qui pourtant, par son caractère exceptionnel, aurait mérité une mention spéciale s'il avait jamais été employé. — Aussi Brinz n'ose aller jusque-là; et, tandis que, dans une vente ayant un objet licite, la valeur de la chose vendue est comprise dans le montant des dommages-intérêts d'inexécution, il ne reconnaît à l'acheteur, lorsque l'objet est illicite, que le droit à la réparation du préjudice causé. Seulement, ce n'est plus l'intérêt d'exécution tel qu'il est évalué normalement, d'après les principes de la garantie d'éviction; l'acheteur réclamera le prix qu'il a payé parce qu'il se trouve sans cause entre les mains du vendeur, et les dommages-intérêts qu'il obtiendra ont plutôt le caractère des indemnités dues au cas de résolution que des indemnités pour inexécution des contrats.

Cette remarque nous permet de répondre à une dernière objection soulevée dans ce système: l'ex-

(1) En ce sens: Bähr: *Jahrbuch für die Dogmatik*, 1873, p. 399, n. 5.

pression *quod interfuit emtoris ne deciperetur*, dit-on, figure dans certains textes pour désigner l'indemnité que l'acheteur d'une chose viciée obtient par l'exercice de l'action *ex emto*; or cette action est issue d'un contrat valable (II. 13 § 1 et 2, et 20 § 1, *De act. empt. et vend.*, 19-1). Mais l'intérêt qu'avait l'acheteur à être en possession d'une chose exempte de vices sera différemment apprécié suivant qu'il optera pour le maintien ou la résolution du contrat, suivant qu'il exercera l'action *quantı minoris* ou l'action *redhibitoria*; dans le premier cas seul, l'indemnité qui lui est accordée représentera l'intérêt d'exécution; or, lorsque la vente porte sur un objet hors du commerce, une fois la nullité prononcée, la chose ne demeure plus en la possession de l'acheteur, ni le prix aux mains du vendeur, et par suite il est impossible que l'acheteur obtienne l'intérêt d'exécution.

La théorie de Brinz, contraire aux principes, parvient en outre difficilement à expliquer la loi 62 Dig., 18-4, qui parle en propres termes de la nullité de la vente. Peut-être, disent les uns (1), est-elle l'expression d'une opinion dissidente; mais rien ne nous autorise à le penser. — Ou bien (2), la vente serait nulle comme aliénation et non comme contrat; mais en droit romain, la vente n'a pas pour objet l'obligation à la translation de propriété; il est donc probable que le jurisconsulte voulant viser la nullité de l'aliénation aurait précisé sa pensée en termes non ambigus (3). D'ailleurs, si cette distinction était

(1) Burchardi : *Wiedereinsetzung in vorigen Stand*, p. 327.

(2) Brandis : *Zeitschr. f. Civilrecht und Process*, VII, p. 182; Rømer : *Leistung an Zahlungsstatt*, p. 86.

(3) On peut en outre tirer argument de la l. 27 § 1, Dig., 16-1, qui déclare nulle la vente de l'homme libre et des *res litigiosæ*;

exacte, elle devrait s'appliquer à plus forte raison au contrat de *stipulatio* qui tend au transfert de propriété; les textes devraient nous présenter la *stipulatio* d'une chose hors du commerce nulle en tant qu'aliénation, mais valable comme contrat, et donnant à ce titre naissance à l'action *ex stipulatu*; or, tout au contraire, ils affirment très nettement la nullité du contrat (Gaius, Comm. III § 97, et l. 1 § 9, Dig., *De oblig. et act.*, 44-7; Paul, l. 35 pr. Dig., *De verb. oblig.*, 45-1). — Selon d'autres enfin (1), l'emploi du mot *emtio* seul, non associé au mot *venditio*, indiquerait que la nullité du contrat est une nullité partielle, le vendeur étant privé de l'action *venditi*, l'acheteur conservant l'action *emti*; mais si l'on admet cette décomposition du contrat en deux parties dont l'une reste valable, l'autre perdant toute efficacité, il serait plus naturel que le texte portât : *licet venditio non teneat*, et mieux vaudrait réserver cette idée pour l'explication des textes qui déclarent valable l'*emtio*.

En définitive, la seule interprétation plausible est celle qui donne de la loi la traduction littérale suivante : bien que le contrat soit nul, l'acheteur aura néanmoins l'action de ce contrat pour obtenir du vendeur une indemnité. D'ailleurs elle n'est pas inconciliable avec les textes qui parlent de la validité de l'*emtio*; cette expression est une forme de langage plus rapide et plus élégante, mais ayant le même sens que la périphrase de Modestin.

cette disposition se rapporte au contrat et non à l'aliénation, car, en ce qui concerne les *res litigiosæ*, la revendication de l'acheteur était encore fondée en droit, et ne tombait que devant une exception (G., IV, 117). — Cf. Ihering, *op. cit.*, p. 58, n. 69.

(1) Brinz-Lotmar, *op. cit.*

Si, d'après Brinz, l'impossibilité légale de l'objet de la vente ne fait pas obstacle à sa validité, il en est autrement de l'impossibilité physique: c'est la contre-partie logique de son système. En effet, dans ce système, pour qu'un contrat soit valable, il suffit qu'il ait un objet existant dans la nature; s'il n'est pas dans le commerce, l'impossibilité n'est qu'apparente, car l'obligation que les parties avaient en vue de transférer la possession de la chose est remplacée par l'obligation de garantie. Mais lorsque l'objet n'existe pas dans la réalité, le contrat qui a été conclu manquant de l'une des conditions essentielles à son existence est incapable de donner naissance à une action quelconque.

Toutefois cette seconde proposition, pas plus que la première, ne nous semble consacrée par les textes: ainsi, la loi 21 pr. Dig., 49-1, accorde l'action *ex emto* à l'acheteur du part d'une esclave stérile. On répond que dans ce cas la vente n'est pas nulle; elle porte sur une *res sperata*, et par suite est soumise à la condition suspensive de la naissance de la chose vendue; elle est donc gouvernée par la règle contenue dans la loi 8 pr. Dig., 18-1, qui tient la condition pour accomplie lorsque le vendeur a fait en sorte qu'elle ne se réalise pas; or le vendeur qui connaissait la stérilité de l'esclave doit être considéré comme ayant empêché la naissance du *partus*. Mais le texte ne dit pas que le vendeur ait été de mauvaise foi dans la formation du contrat; en outre, il n'y a pas similitude entre le fait de garder le silence sur une impossibilité certaine, et le fait d'occasionner une impossibilité qui aurait pu ne pas se présenter.

De même, les lois 8 et 9 Dig., *De hered. vel act. vend.*,

18-4, permettent à l'acheteur d'une succession inexistante de réclamer de son vendeur *quid in eam rem impensum est et quid emtoris interest*. Brinz fait découler cette obligation d'indemnité d'un pacte que les parties auraient joint à la vente, et par lequel le vendeur aurait garanti à l'acheteur l'existence de la succession : cette supposition ne trouve aucun appui dans les textes ; en outre, elle conduirait à l'assimilation de la vente d'une succession inexistante et de la vente d'une créance inexistante qui sont régies par des principes différents.

Ihering (1) explique ces diverses décisions par sa théorie de la *culpa in contrahendo* : la vente est nulle, mais avec cette restriction que le vendeur est contractuellement obligé envers l'acheteur à la prestation de l'intérêt négatif, car il a commis une faute dans la conclusion du contrat. Ce dernier point est d'ailleurs admis par la plupart des auteurs, même par ceux qui, sur d'autres points, s'écartent des conclusions de Ihering : c'est ce qui nous a déterminé à isoler le système de Brinz des systèmes mixtes, à l'étude desquels nous arrivons.

III. *Systèmes mixtes*. — Bechmann (2) distingue entre les contrats sans objet et ceux dont l'objet est hors du commerce. La nullité des premiers est imposée par la force des choses ; elle se ramène en effet à une impossibilité matérielle d'exécution ; il ne peut être question pour les parties d'atteindre le but qu'elles se proposaient, puisque cet objectif fait complètement défaut. Mais il ne s'en suit pas que le contrat doive

(1) *Op. cit.*, p. 60 et s.

(2) *System des Kaufs nach gemeinem Recht*, II, p. 432 et s.

être considéré comme n'ayant jamais eu d'existence ; s'il ne remplit pas les conditions requises pour sa validité juridique, il existe néanmoins comme un acte dont on ne saurait faire abstraction. Les parties, dont l'une au moins est de bonne foi, ont cru leur contrat valablement formé ; s'il est nul en droit, il était valable dans leur pensée, subjectivement parlant ; sous ce rapport purement subjectif, le contrat s'est formé, car il y a eu concours de deux volontés vers un but commun ; et cela suffit pour que cette convention, valable subjectivement, donne naissance à une action en dommages-intérêts.

Ce système se rapproche de très près de celui de Ihering ; cependant, Bechmann prétend s'en éloigner parce que Ihering cherche le fondement de la responsabilité dans un fait extérieur au contrat, la *culpa in contrahendo*, tandis que pour lui, elle tire son origine du contrat lui-même et de l'obligation réciproque de bonne foi qu'il engendre. C'est là, à notre avis, une querelle de mots : Ihering reconnaît bien, lui aussi, que l'action étant contractuelle prend sa source dans le contrat, quoique nul ; seulement, comme l'existence d'une faute est à la base des actions en responsabilité, il s'attache à montrer que notre action rentre dans cette règle générale ; la partie qui a introduit dans le contrat la cause de nullité n'a pas apporté dans sa formation toute la circonspection que l'autre attendait d'elle : voilà la faute qui justifie sa responsabilité, conséquence de la bonne foi qui oblige les parties, non seulement dans l'exécution du contrat une fois formé, mais encore dans les préliminaires de sa conclusion.

L'obligation de bonne foi de laquelle Bechmann fait découler la responsabilité du vendeur le conduit à

en circonscrire le champ d'application par une double limite.

D'une part, le vendeur n'y est pas soumis lorsqu'il n'a commis aucune faute : il en est ainsi lorsque l'objet existe avant la formation du contrat, mais vient à périr par une cause imprévue, peu de temps après que le vendeur s'est assuré de son existence ; c'est un cas fortuit, dont il ne doit pas être rendu responsable, de même qu'il ne l'est pas des cas fortuits postérieurs à la naissance du contrat. C'est à cette hypothèse que Ihering (1) rattache la loi 57 pr. Dig., 18-1, qui a trait à la vente d'une maison incendiée lors de la passation du contrat ; le plus souvent, le propriétaire sera excusable d'en avoir ignoré la disparition ; mais il en serait autrement s'il en avait été informé ; cette explication fait disparaître la contradiction qui a été signalée entre ce texte et ceux qui déclarent le vendeur responsable.

D'autre part, l'action *empti* ayant pour but de venir en aide à l'acheteur de bonne foi, lui sera refusée lorsqu'il doit savoir que la chose vendue est susceptible de ne pas venir à l'existence, par exemple si la vente porte sur une chose future. Le vendeur ne sera responsable que s'il en a garanti l'existence à l'acheteur. Cependant la loi 21 pr. Dig., 19-1, qui a trait à cette hypothèse, ne mentionne aucune condition à l'exercice de l'action du contrat ; aussi peut-on douter de l'exactitude de cette solution qui ajoute au texte ce qu'il ne contient pas.

La responsabilité contractuelle du vendeur ne s'étend pas au-delà de l'intérêt négatif ; il serait difficile en effet d'évaluer en argent la prestation qui devait

(1) *Op. cit.*, p. 61.

être fournie par le vendeur, puisqu'elle a un objet qui existe uniquement dans l'imagination des contractants ; et il n'y a aucun compte à tenir de l'estimation qu'ils en auraient faite dans la formation du contrat, puisqu'elle repose elle-même sur une base imaginaire.

Bechmann, qui a jusqu'à présent suivi Ihering, se sépare de lui dans l'examen des contrats portant sur un objet hors du commerce. Il estime qu'au sujet de la vente des *res publicæ* ou des *res divini juris*, il devait y avoir entre les jurisconsultes divergence d'opinions ; mais celle qui se prononçait pour la validité du contrat semble avoir prévalu ; cela résulte des textes que nous avons analysés, et notamment de l'assimilation établie par Justinien entre cette vente et celle de l'homme libre, sur la validité de laquelle Bechmann insiste plus particulièrement (1). D'après lui, elle était imposée par les nécessités pratiques ; en raison de la difficulté qu'il y avait de distinguer l'homme libre de l'esclave, il se glissait dans les ventes d'esclaves de nombreuses fraudes contre lesquelles on songea de bonne heure à protéger l'acheteur, en obligeant le vendeur à l'intérêt d'exécution. Cette disposition, d'origine ancienne, aurait précédé la peine du refus de la *proclamatio in libertatem*, édictée plus tard contre l'homme libre, lorsqu'il avait participé à la fraude de son vendeur dans le but de partager avec lui le profit de la vente. (L. 23 pr. Dig., *De liberali causa*, 40-12).

(1) Adde : Hartmann, *Die Obligation; Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, p. 182; Hesse : *Zur Lehre von dolus und culpa*, dans *Archiv f. die civilistische Praxis*, 1878, p. 266 et s. — *Contra* Ihering : *op. cit.*, p. 57 et s.

Cependant, sans méconnaître la valeur de cet argument, il est permis d'en discuter la portée : lorsque l'indemnité due à l'acheteur évincé était évaluée à forfait, nous avons vu qu'elle n'était pas différente suivant que la vente portait sur un homme libre ou sur l'esclave d'autrui. Mais lorsque, dans le droit postérieur, elle fut exactement calculée d'après le préjudice souffert, il était impossible d'introduire dans la vente de l'homme libre le mode d'évaluation des dommages-intérêts dus pour inexécution d'une vente portant sur un objet dans le commerce ; le motif que donne Modestin de la nullité de la stipulation d'un homme libre est applicable à la vente qui a le même objet : *quia nec dari oportere intendi, nec aestimatio ejus præstari potest* (l. 103, Dig., 45-1).

Quant aux arguments de texte invoqués par Bechmann, nous ne les croyons pas irréfutables. Il remarque d'abord que l'acheteur de bonne foi n'est pas exposé à l'interdit *de homine libero exhibendo* (l. 4 § 1, Dig., *De hom. lib. exhib.*, 43-29) ; mais c'est la conséquence des principes qui gouvernent cet interdit ; en effet, dans la loi précédente (l. 3 § 7), Ulpien nous apprend qu'il est refusé contre celui qui retient un individu sans savoir d'une façon certaine s'il est libre ou esclave ; or c'est le cas de l'acheteur de bonne foi ; dans cette hypothèse, il faut commencer par intenter la *causa libertatis* pour s'assurer que l'individu retenu est bien un homme libre ; c'est seulement lorsque la certitude en est acquise que l'interdit est accordé contre le détenteur.

Bechmann invoque en second lieu la loi 31, Dig., 21-2 ; elle se réfère à la stipulation par laquelle un acheteur se fait promettre de son vendeur l'existence de certaines qualités ou l'absence de certains défauts

dans la chose vendue; si plus tard des vices viennent à se révéler, le vendeur n'en devra pas moins indemniser l'acheteur, bien que l'objet de la stipulation fût impossible. Cette dernière affirmation est inexacte; quelques jurisconsultes l'avaient soutenue parce que, la stipulation étant un contrat de droit strict, ils en concluaient que les expressions employées par le stipulant: *sanum esse*, *non furem esse*, etc., devaient être prises à la lettre; or comme elles se rapportent à des qualités qui sont absentes, la stipulation, d'après eux, était sans objet possible. Mais Ulpien redresse leur erreur en montrant que dans l'intention des parties, le véritable objet de la stipulation est l'intérêt qu'avait l'acheteur à obtenir une chose exempte de vices; c'est donc un objet possible, et par suite, la stipulation est valable.

Aussi, c'est bien à tort qu'un auteur, Bernhœft (1), a pris ce texte pour base d'un système d'après lequel le principe de la nullité des obligations impossibles (l. 185, Dig., *De regulis juris*, 50-18), n'aurait pas été connu à l'origine, et n'aurait fait son apparition qu'à une époque relativement récente, après certaines hésitations des jurisconsultes. Dans le texte précité, Ulpien soutiendrait la validité d'une stipulation dont l'objet est impossible, à l'encontre de Gaius et Paul qui en déclaraient la nullité. De même on nous le montre, en ce qui concerne la vente de l'homme libre ou d'un terrain sacré, réagissant contre la nouvelle doctrine, d'abord avec modération, dans la loi 8 § 1, Dig., 44-7, où après s'être prononcé pour la nullité du contrat, il lui fait produire les mêmes

(1) *Beitrag zur Lehre vom Kaufe*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1875, p. 133-147.

effets que s'il était valable; puis sans détour, dans la loi 8 § 5, Dig., *Mandati vel contra*, 17-1, où il reconnaît franchement la validité de l'opération.

Ce système repose sur la comparaison de textes qui ont trait à des hypothèses tout à fait dissemblables : ainsi nous venons de voir que la loi 31, Dig., 21-2, se réfère à une stipulation qui a un objet possible. Quant à la loi 8 § 5, 17-1, elle contient une décision relative à la vente d'un homme libre, mais qui implique la nullité de cette opération : un homme libre se croyant esclave donne à Titius mandat de le racheter en lui remettant une certaine somme qu'il prend sur son propre pécule; après son affranchissement, on déclare son ingénuité; il aura l'action de mandat contre Titius pour qu'il lui cède les actions qu'il a acquises contre le vendeur; or, dit-on, ces actions ne peuvent naître que d'un contrat valable. Mais il s'agit d'une action en restitution du prix payé, qui se trouve sans cause entre les mains du vendeur; la suite du texte le démontre : en effet, si la somme provient du pécule qui appartient à ce possesseur de bonne foi, Titius n'a aucune action à céder à l'homme libre, parce qu'il a payé le vendeur avec les propres écus de celui-ci, et que par suite, il ne peut en exercer la répétition. Or la restitution du prix ne se comprend que si l'on admet la nullité de la vente; l'action que le mandataire cède à son mandant en exécution du mandat, bien qu'elle soit issue de la vente, ne suppose donc pas nécessairement la validité de ce contrat.

Nous signalerons enfin une dernière explication de nos textes qui a été présentée par Kœppen (1) :

(1) *Iahrb. f. Dogm.*, 1871, p. 283 et n. 288.

d'après lui, le consentement n'est pas requis pour la formation du contrat, mais seulement pour la naissance du rapport juridique envisagé par les parties; le contrat ne l'exige que si l'on entend par ce mot le concours de l'acceptation avec l'offre; s'il n'y a aucune correspondance entre ces deux manifestations de volonté, le rapport juridique voulu par les contractants ne prend pas naissance, mais l'acte juridique demeure néanmoins formé, et comme tel, est susceptible d'engendrer une obligation d'indemnité.

Puntschart (1) a repris la même idée dans sa théorie des rapports juridiques objectifs: le contrat qui a été valablement conclu donne naissance à un rapport de droit qui a pour sujet l'acheteur et pour objet le vendeur; il est objectif, c'est-à-dire qu'il est susceptible de produire des effets différents de ceux qui ont été voulus par les contractants (effets subjectifs), lorsque ces derniers ne sont pas réalisables.

Ces explications seraient admissibles, si elles n'avaient l'inconvénient de nous ramener indirectement au système de la validité du contrat, que nous avons repoussé; celle de Ihering est plus simple, tout en reconnaissant la nullité de la convention. Nous les avons indiquées, parce qu'elles nous fournissent l'occasion d'examiner un texte sur lequel elles s'appuient et que nous avons négligé jusqu'à présent: la loi 21 § 2, Dig., 19-1; voici la version de l'édition de Mommsen: *quamvis autem supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse, tamen venditor teneri debet quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque*

(1) *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Rechts*, p. 160 et s.

nesciat; veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt. Si l'on adopte cette lecture, le texte n'est d'aucune utilité pour notre théorie, car les mots *emtione* *esse* démontrent qu'il s'agit d'une vente valable. Aussi Kœppen adopte la leçon *emtione non esse* qu'il puise dans le manuscrit de la Florentine; mais nous croyons qu'elle est à rejeter.

En effet, si la vente était nulle, elle le serait pour erreur de l'acheteur; or, on serait tenté d'admettre la nullité, parce qu'il s'est trompé sur la qualité des tables vendues, qu'il croyait en bois de citronnier et qui sont d'une autre essence. Mais en droit romain, l'erreur n'est une cause de nullité que si elle porte sur la substance même de l'objet vendu, et non pas seulement sur la qualité qui détermine la partie à acheter, en d'autres termes, que si la chose vendue a un nom commercial différent de celui de l'objet envisagé par l'acheteur (1); c'est d'ailleurs la doctrine que Paul, l'auteur du texte précité, enseigne dans la loi 10, Dig., 18-1. Il signifie donc: bien que la vente soit valable, il ne s'en suit pas que le vendeur soit libéré par la simple remise de la chose; il doit à l'acheteur une indemnité représentant l'intérêt qu'il avait à ne pas être induit en erreur sur la qualité de la chose vendue (2); c'est une application de la garantie des vices.

Il est donc inutile de faire subir au texte la correction de Punschart, qui entre les mots *tamen* et *venditor*, intercale ceux-ci: *non tenetur emtor, sed ei*; l'adjectif *deceptum* se rapporte au substantif *emtor* du

(1) Girard : *Manuel de droit romain*, p. 446.

(2) V. Savigny : *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, III, p. 300 et s.; Vangerow : *Pand.*, III, p. 267.

pr. de la loi; le texte ainsi modifié aurait le sens suivant: bien que la vente soit valable, l'acheteur, par suite de son erreur, n'est pas obligé au paiement du prix, mais le vendeur lui doit des dommages-intérêts; ce serait la consécration du système de cet auteur. Nous aussi, nous reconnaissons la validité du contrat; mais c'est pour cette raison que nous lui faisons produire ses effets normaux (obligations au paiement du prix et à la délivrance de la chose), et que nous écartons le texte du débat, au lieu de le joindre aux autres qui visent un contrat nul pour impossibilité ou inexistence de l'objet.

Enfin, parmi ces derniers, il en est dont nous n'avons pas encore parlé, parce qu'ils se réfèrent à un contrat dans lequel l'inexistence n'est qu'apparente, et qui par suite est valable: c'est la vente d'une créance inexistante, qui donne lieu au profit de l'acheteur à la garantie de son existence (l. 74 § 3, Dig., 21-2, et ll. 4 et 5, 18-4): le moment est venu de rendre compte de cette particularité, dont certains auteurs ont argumenté en faveur du système de la validité de tout contrat ayant un objet impossible, quel qu'il soit.

Cas particulier de la vente d'une créance inexistante.

Nous allons passer en revue les diverses explications qui ont été proposées de la validité de cette opération, en commençant par celles qui s'éloignent le plus du motif exact, pour arriver ensuite à la solution que nous croyons la plus juridique.

D'après Mommsen (1), le droit romain aurait con-

(1) *Op. cit.*, p. 134.

sacré la validité de la vente dans un but de simplification : rigoureusement, il aurait fallu distinguer entre deux cas : celui où la créance est inexistante ou bien inefficace *ipso jure*, et celui où elle est inefficace *exceptionis ope* ; dans le premier seul, la vente eût été nulle ; dans le second, elle eût été valable, l'exception pouvant être repoussée par divers moyens. Cette distinction aurait fait naître des difficultés, et c'est pour obvier à cet inconvénient que les jurisconsultes auraient admis la validité d'une façon générale.

Ce raisonnement ne nous explique pas pourquoi les Romains ont admis la validité de la vente d'une créance même nulle de plein droit, plutôt que la nullité de l'opération, même lorsque la créance est susceptible d'être écartée par une exception. D'ailleurs la distinction qu'il établit ne repose pas sur une base sérieuse : que la créance soit susceptible de s'éteindre *ipso jure* ou *exceptionis ope*, le résultat est le même lorsque l'exception est opposée avec succès par le débiteur.

Tout autre est la raison invoquée par Bechmann (1) : l'acheteur, dit-il, n'a aucun moyen de s'assurer de l'existence de la créance ; elle ne se manifeste pas extérieurement, comme l'existence des choses corporelles ; elle est l'expression d'un rapport juridique immatériel entre deux personnes déterminées ; l'acheteur est donc obligé de s'en référer aux indications de son vendeur ; et alors il est juste, si elles l'induisent en erreur, qu'il n'en souffre pas. Voilà pourquoi l'on assimile cette vente à la vente de la chose d'autrui, afin de permettre à l'acquéreur d'appeler le vendeur en garantie et de lui demander l'indemnité

(1) *Op. cit.*, p. 438.

d'inexécution d'un contrat qui se présentait comme valable. On sent tout le parti que l'auteur va tirer de cette idée : en effet, la créance qui n'existe pas n'a pas plus de valeur que la succession inexistante ou que la chose qui n'a pas sa place dans la nature ; si donc on valide la vente de la première, parce que l'inexistence est plus difficile à constater, les mêmes principes doivent régir la vente d'un objet dont l'existence physique cache aux yeux de l'acquéreur une inexistence juridique presque impossible à découvrir ; ici encore le contrat doit produire les effets d'une vente valable, pour ne pas rendre l'acheteur dupe des apparences.

Mais cette thèse pèche par la base : les difficultés qu'éprouve l'acheteur à se renseigner sur l'existence de la créance fussent-elles insurmontables, ne seraient pas suffisantes pour faire déclarer valable un acte juridique qui, rationnellement, se présente comme nul ; la raison s'oppose en effet à voir dans un contrat sans objet un acte qui doive être sanctionné par le droit, comme s'il était régulier ; aussi la vente d'une chose corporelle inexistante est-elle nulle, bien que, par suite de son éloignement, l'acheteur n'ait pas été à même de s'assurer de son existence. La même règle aurait dû logiquement s'appliquer à la vente d'une chose incorporelle, bien que l'acheteur n'ait pu s'informer de son existence, soit auprès du créancier, soit auprès du débiteur ; s'il n'en fut pas ainsi, c'est que les jurisconsultes avaient un motif spécial de décider autrement.

Hartmann (1) a voulu le trouver dans la considération suivante : l'acheteur d'une créance ne cherche

(1) *Op. cit.*, p. 180.

pas à devenir créancier de celui qui en doit le montant; son but principal est d'obtenir la valeur de la prestation qu'elle a pour objet; en effet, l'obligation n'est pas une fin en soi; c'est un moyen dont on se sert pour arriver à un résultat, qui est l'exécution d'une prestation; si donc la créance n'existe pas, la prestation sera due, non pas par le débiteur imaginaire, mais par l'aliénateur qui prend sur lui l'engagement de satisfaire à cette obligation.

Il est fort douteux que ce calcul soit conforme aux intentions du vendeur. D'autre part, il ne répondra pas toujours aux intentions de l'acheteur: par exemple, il voulait acheter la créance pour opérer une compensation, ou pour faire une remise de dette: dans ce cas, il ne lui est pas indifférent de devenir créancier du débiteur cédé, dont il veut éteindre la créance ou la dette.

Brinz (1) place en parallèle: d'une part, le droit de propriété et la chose sur laquelle il porte; d'autre part, le droit de créance et l'action qui sert à le faire valoir. De même que la vente d'une chose sur laquelle le vendeur n'a aucun droit de propriété ne constitue pas une vente sans objet, de même dans la vente d'une créance inexistante, l'action est la *res* dont l'existence rend le contrat possible.

Cette comparaison n'est pas exacte: l'action n'est autre chose que le droit mis en mouvement; si celui-ci n'existe pas, peu importe qu'il soit à l'état statique ou à l'état dynamique. A moins que l'on ne désigne par ce mot la faculté d'appeler quelqu'un en justice, quelle que soit l'issue du procès; mais il est inutile d'en faire l'objet d'un achat, car c'est un droit qui

(1) *Op. cit.*, II, p. 405.

appartient à toute personne capable d'ester en justice.

A l'origine, Brinz (1) avait émis une opinion qui se rapproche davantage de la solution cherchée : l'absence de droit sur la chose vendue, dit-il, a pour conséquence la responsabilité du vendeur ; l'inexistence de cette chose a pour conséquence la nullité du contrat. En principe, le défaut de droit du vendeur et le défaut d'objet de la vente concouraient pour enlever toute efficacité à la vente d'une créance inexistante ; mais plus tard, en raison du développement de la cession de créances, les nécessités du commerce exigeant que le nombre des actes nuls soit restreint au minimum, eurent pour résultat d'établir une distinction entre l'inexistence objective et l'inexistence subjective qui a lieu uniquement dans les rapports du créancier et du débiteur. Cette distinction est semblable à celle que l'on rencontre dans la vente d'hérédité : la vente est valable lorsque la succession n'est inexistante que relativement à la personne qui se présente comme héritière, alors qu'elle n'a aucun droit à l'hérédité.

Cette opinion diffère légèrement de celle de Windscheid (2), qui lui avait donné une forme plus précise : la vente d'une créance inexistante doit être assimilée, non pas à la vente d'une chose inexistante, mais à la vente d'une chose dont le vendeur n'a pas la propriété ; car le seul motif pour lequel il ne peut exécuter son obligation, c'est l'absence de son droit à la créance, et non pas la présence d'un obstacle physique ou juridique à l'existence de ce droit ; il

(1) *Kritische Ueberschau*, V, p. 298 et s.

(2) *Heidelberger kritische Zeitschrift*, II, p. 118. — Adde : Lenel : *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1881, p. 233.

s'en suit que le contrat doit produire les mêmes effets que la vente de la chose d'autrui, et en particulier l'obligation du vendeur à la garantie d'éviction.

Eisele (1) s'est approprié cette idée en l'analysant de plus près : il faut nettement séparer, dit-il, les droits de leur objet ; dans la vente d'une chose incorporelle, on doit distinguer le droit de créance de la personne contre laquelle on l'exerce, comme dans la vente d'une chose corporelle, on distingue le droit de propriété de la chose sur laquelle il porte. Donc, de même que des choses sont susceptibles d'exister sans propriétaire (choses sans maître), de même des personnes peuvent exister sans être débitrices. En revanche, il est impossible que des créances existent sans créanciers ; car le droit de créance, comme le droit de propriété, ne se conçoit pas sans un sujet ; mais, comme lui aussi, il peut appartenir à un autre que le vendeur, par exemple à la personne qu'il présente à tort comme débitrice ; la vente sera néanmoins valable parce qu'il a la faculté de devenir son créancier, de même qu'il lui est loisible d'acquérir la propriété de la chose d'autrui par lui vendue. La nullité de l'opération ne s'expliquerait que par l'assimilation des créances aux choses ; or une créance est un droit envisagé dans son effet actif, tandis qu'une chose est un objet de droits ; cette assimilation est donc inadmissible.

Eisele corrobore cette doctrine en écartant certaines objections qu'on serait tenté de lui faire. D'abord, il insiste sur la différence qui sépare notre hypothèse de celle d'une vente de choses inexistantes. Il l'ex-

(1) *Kleinige Schwierigkeiten*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1887, p. 310 et s.

plique en observant que la tendance générale du droit romain est d'admettre la validité des actes juridiques toutes les fois que leur exécution est possible (1) : ainsi, les actes faits par un mandataire en dehors de son mandat ne sont pas nuls et produiront effet dans le patrimoine du mandant s'il les ratifie. C'est en vertu de la même idée que l'on déclare valable la vente de la chose d'autrui, même faite dans la forme d'une *stipulatio*, bien que ce contrat oblige le vendeur au transfert de la propriété, parce qu'il peut se la procurer. Au contraire, il est impossible d'acquérir un droit relativement à une chose qui n'existe pas.

Mais alors, comment se fait-il que les textes n'offrent pas certaines hypothèses de ventes de créances véritablement inexistantes ? Le motif se déduit de l'explication précédente : en effet, il faudrait supposer pour cela la vente d'une créance contre une personne qui n'existe pas, chose évidemment très rare ; le cas le plus pratique d'une vente de chose inexistante est celle d'un objet qui disparaît à l'insu du vendeur avant la formation du contrat ; or le décès de la personne qui est sa débitrice n'empêchera pas que la vente demeure valable, car les obligations du défunt passent à ses héritiers contre lesquels l'acquéreur fera valoir sa créance.

Enfin une dernière difficulté se présente : c'est la conciliation de notre règle avec deux autres principes non moins certains du droit romain. Le premier est

(1) On peut ajouter que la théorie romaine de la cession de créances s'est formée tout entière sous la pression des nécessités pratiques, et que c'est peut-être une raison de ce genre qui fit admettre aussi la règle dont nous cherchons la base.

la nullité de la vente d'une succession inexistante : Eisele l'explique par la survivance de l'ancienne conception de l'hérédité. A l'origine, la succession apparaît comme un ensemble de choses matérielles; dans le droit originaire, les créances et les dettes sont intransmissibles. Plus tard, lorsqu'on l'envisagea comme une universalité patrimoniale comprenant l'ensemble des droits et actions du défunt, la *petitio hereditatis* servit, non seulement à la poursuite des droits réels, mais encore à la réclamation des droits de créance, « pour lesquels on n'aurait eu en son absence qu'une action personnelle » (1); ainsi, bien qu'elle eût certains traits communs avec les actions personnelles, la pétition d'hérédité conserva son caractère d'action réelle; elle fut une *vindicatio hereditatis*; il était donc naturel d'assimiler comme autrefois la succession à une chose corporelle, et de distinguer, comme à propos de celle-ci, entre le défaut de droit du revendiquant et le défaut d'objet de l'action.

Le second principe est la nullité du legs d'une créance inexistante (l. 75 § 2, *De legatis*, 30-1°); il a aussi une explication historique : à l'origine, le legs *per vindicationem*, c'est-à-dire celui qui est fait dans la forme : *do, lego*, ne pouvait porter sur la chose d'autrui; en effet, le testateur n'avait plus la faculté de se procurer le droit légué, puisqu'il était mort à l'époque de l'ouverture du legs; d'autre part, comme le legs ne contenait pas de *damnatio*, l'héritier n'avait aucune obligation à remplir envers le légataire d'une chose corporelle, et n'était obligé envers le

(1) Girard : *op. cit.*, p. 875; applications dans Accarias : *Précis de droit romain*, II, p. 848.

légataire d'une créance qu'à *præstare actiones* (l. 75 précitée); ce qui supposait qu'il les avait recueillies dans la succession du défunt; or ce n'était pas le cas lorsque la créance était inexistante. Le sénatusconsulte Néronien étendit au legs *per vindicationem* les règles du legs *per damnationem*; mais cette réforme ne concerna précisément que les *res legatae* (G. II, 196 et 197); les créances demeurèrent donc soumises à l'ancienne règle.

Ainsi, la validité de la vente d'une créance inexistante n'infirme en rien la théorie de Ihering; lui-même l'avait remarqué (1) : l'impossibilité de l'objet du contrat, dit-il, n'est alors que subjective; la prestation est en soi possible; la créance pouvait exister, et le vendeur ayant promis cette existence, il doit en répondre. Au contraire, les autres textes se rapportent à une impossibilité objective; l'existence de l'objet est impossible à l'égard de tout le monde et non seulement du vendeur; aussi le contrat est nul.

En résumé, nous nous rallions au système de Ihering : nous considérons que la vente ayant un objet illégal est un contrat nul, et que néanmoins elle donne naissance à une responsabilité contractuelle. Reste un point délicat : nous avons donné de ce phénomène une explication rationnelle; mais ne pourrait-on lui trouver un fondement historique?

§ 2. — *Formation historique de la théorie.*

Les théories juridiques romaines ne sont pas le résultat de constructions aprioritiques, façonnées

(1) *Op. cit.*, p. 63 et suiv.

plus ou moins arbitrairement à une époque déterminée par le raisonnement des jurisconsultes. A Rome plus encore que partout ailleurs, il est vrai de dire que le droit s'est formé en quelque sorte de lui-même, sous la pression des nécessités sociales ; les principes juridiques de l'époque classique sont le terme d'une longue évolution que les jurisconsultes ont subie plutôt que dirigée. A ce titre, ils méritent d'être étudiés dans leur formation historique. L'idée en particulier dont nous avons à retracer la genèse est trop délicate pour avoir eu une éclosion spontanée ; nous devons donc essayer d'en saisir l'origine première, et nous chercherons ensuite les diverses phases par lesquelles elle a passé avant de trouver sa formule définitive.

Les contrats de droit strict sont les premiers qui apparaissent dans l'histoire de la théorie des obligations conventionnelles ; ils doivent leur force obligatoire à l'accomplissement par les contractants de certaines solennités ; ainsi, dans la *stipulatio*, ils sont liés l'un envers l'autre lorsque certaines paroles ont été régulièrement prononcées. Mais avec les conditions de forme, le contrat doit remplir les conditions de fond nécessaires à l'existence de toute convention ; si donc il a un objet illicite, le contrat est nul et ne peut produire d'effet ; la partie qui éprouve un préjudice par suite de la nullité n'aura pas contre l'autre une action en dommages-intérêts issue du contrat, car tel n'a pas été l'objet des *verba*, et les *verba* seuls sont générateurs d'obligation.

Mais le créancier avait la faculté de se protéger tout au moins contre le dol de son débiteur ; il n'avait qu'à lui faire promettre, par une *stipulatio de dolo*, de s'abstenir de dol dans la formation du contrat, ce

qui lui permettait d'intenter l'action *ex stipulatu* contre le débiteur de mauvaise foi; et plus tard, à défaut même de cette stipulation, il avait contre lui l'action *de dolo*, le jour où elle fut créée.

Ces ressources étaient insuffisantes; sans compter qu'elles ne venaient en aide au stipulant que contre le dol par lui démontré du promettant, il n'avait dans l'action de dol qu'une action temporaire et intransmissible passivement, donc moins avantageuse encore que l'action *ex stipulatu*. A ce double point de vue, le développement des contrats de bonne foi devait améliorer sa situation.

D'abord, en ce qui concerne le dol, c'est l'action même du contrat qui lui fut accordée, pour en obtenir la réparation; on sait en effet que telle était la règle dans les contrats de bonne foi; or pourquoi n'aurait-elle pas reçu son application dans le cas qui nous occupe? Qu'importe en effet que le dol ait eu pour but de tromper le contractant sur la validité du contrat, ou de faire naître une erreur quelconque dans son esprit pour le déterminer à contracter? Dans tous les cas il a le même caractère: c'est une contravention à la bonne foi qui doit être respectée par les parties dans la conclusion du contrat; l'identité des situations exige la parité de répression; le contractant exercera donc l'action du contrat, perpétuelle et transmissible aux héritiers de l'auteur du dol. Et je doute fort que l'on ait songé à cette objection théorique: le contrat n'ayant pas d'existence légale, une action contractuelle ne se comprend pas. Ses avantages pratiques devaient l'emporter sur cette considération de logicien.

C'est pour le même motif que l'on était arrivé à un résultat semblable en matière de revendication:

Ihering (1) nous invite à faire le rapprochement. L'une des conditions d'exercice de cette action, c'est la possession par le défendeur de la chose revendiquée; or, à l'époque classique, elle pouvait être intentée : 1^o contre celui qui par dol avait abandonné la possession; 2^o contre celui qui, sans être possesseur, s'était laissé poursuivre comme tel, le plus souvent afin de donner au véritable possesseur le temps nécessaire à l'achèvement d'une usucapion commencée. Dans ce dernier cas, le dol était en principe réprimé par l'action *ex stipulatu*, née de la *clausula doli* contenue dans la caution *judicatum solvi* que devait fournir le défendeur (l. 43, Dig., *De hered. petit.*, 5-3); puis elle fit place à la revendication (l. 13 § 13, h. t.), « sans doute, dit M. Girard (2), pour mettre comme montant de la condamnation, à la place d'un préjudice délicat à apprécier, la valeur de la chose déterminée par le serment du demandeur. » De même dans le premier cas, il est probable que la règle *dolus pro possessione est* s'implanta pour échapper aux inconvénients pratiques inhérents à l'action de dol.

Ainsi, ce sont des raisons purement utilitaires qui dirigèrent le progrès en cette matière; l'action réelle put désormais être exercée contre le défendeur qui s'était frauduleusement présenté comme possesseur; il parut juste de le considérer comme un possesseur effectif. N'était-il pas également équitable de donner l'action du contrat contre celui qui s'était fausement présenté comme contractant, en se prêtant à la formation d'une convention dont il connaissait la nul-

(1) *Op. cit.*, p. 30.

(2) *Manuel de droit romain*, p. 329, n. 1.

lité ? L'analogie des deux situations nous est encore révélée par l'identité des expressions qui servent à désigner le montant de l'indemnité accordée, soit au cocontractant, soit au revendiquant : *quanti ejus interfuit ne deciperetur*, dit la loi 45 précitée.

Seulement, l'action en revendication ne fut pas étendue au cas de simple faute du défendeur, et cela, pour le motif que nous avons indiqué au début de cette étude de droit romain : les deux parties n'étant pas unies par un rapport contractuel, chacune est tenue de veiller à ses intérêts personnels, sans avoir à s'occuper des intérêts de l'autre. C'est au revendiquant à s'assurer de la qualité du défendeur ; s'il a mal pris ses informations, il doit supporter le préjudice résultant de ce qu'il s'est trompé d'adversaire. Au contraire, il n'en est plus de même lorsque les parties ont contracté : chacune doit faire en sorte de ne pas nuire à l'autre par sa propre faute ; examinons donc de quelle manière cette obligation parvint à être sanctionnée.

Relativement à ce second point, l'évolution fut plus lente. Les moyens répressifs du droit civil étaient inapplicables : l'action *legis Aquiliæ* ne faisait obtenir que la réparation du dommage causé *corpore corpori*, c'est-à-dire par un acte matériel à une chose déterminée ; or ces deux conditions ne se rencontraient ici ni l'une ni l'autre, puisque le préjudice a une cause immatérielle, le défaut d'attention dans la personne du contractant qui en est l'auteur, et qu'il n'atteint pas un objet isolé du patrimoine de celui qui le subit : il fallait donc trouver un remède nouveau.

Le premier pas dans cette voie fut fait par le droit prétorien ; on sait quel rôle joua le Préteur dans la formation de la théorie des délits privés : dans son

édit, il réprima par l'octroi d'actions *in factum*, plusieurs faits qui n'avaient pas été érigés en délits par le droit civil, et qui cependant méritaient de l'être comme portant atteinte à la bonne foi qui doit présider au commerce des hommes. Or l'existence d'une action de ce genre applicable à notre hypothèse nous est attestée par un texte d'Ulpien, la loi 8 § 1, Dig., *De relig. et sumpt. funer.*, 41-47 : *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Prætor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet ; quæ actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.*

Ce texte accorde une action *in factum* à l'acquéreur de bonne foi d'un terrain religieux vendu comme profane, et il est très probable qu'elle dut en principe revêtir les caractères communs à toutes les actions délictuelles. Mais à l'époque d'Ulpien, elle s'en distinguait par un trait particulier qu'il relève, sa transmissibilité contre les héritiers du vendeur, et qui tend à la rapprocher des actions contractuelles ; c'est déjà une action *quasi ex emto* ; cette expression témoigne du changement qui s'est opéré : l'action, au lieu d'avoir comme autrefois un caractère pénal, est devenue la sanction d'un rapport juridique préexistant, d'une convention préliminaire en vertu de laquelle les contractants s'obligent réciproquement l'un envers l'autre à s'abstenir de faute dans la formation du contrat qu'ils vont conclure ; si le contrat principal est nul, cette convention demeurera valable parce qu'elle en est indépendante, et produira ses effets comme si elle était isolée.

Du droit prétorien, l'action passa dans le droit civil, en subissant une dernière modification : l'un des principes fondamentaux du droit civil romain s'opposait à ce que toute convention fût munie d'action ; il

était donc nécessaire de la couler dans le moule de l'un des contrats par lui reconnus. Or, rien n'était plus naturel que de la faire rentrer dans le contrat de vente, pour la sanctionner au moyen de l'action *emti*, comme un pacte adjoint *in continenti*.

Telle est l'évolution qui nous semble la plus naturelle (1) ; elle a été contestée par les auteurs que nous avons vus s'écarter du système de Ihering dans l'explication des textes relatifs à l'action *ex emto* ; ils ont naturellement cherché à découvrir dans la loi 8 § 1, 11-7, la confirmation de leur théorie.

Les uns (2) ont argumenté du mot *pro* pour soutenir que le vendeur n'est responsable qu'en cas de dol ; mais il peut tout aussi bien signifier que le vendeur était dans l'ignorance de la situation juridique de l'objet vendu ; et dans le doute, cette interprétation doit être préférée à l'autre, le texte ne mentionnant pas d'une façon évidente l'existence du dol.

D'autres ont essayé de démontrer que la présence de l'action *in factum* n'est pas une preuve de la nullité de la vente.

D'après Leonhard (3), les mots *quasi ex emto* indiquent qu'elle tend à l'intérêt d'exécution, car elle n'est qu'une forme plus ancienne de l'action *ex emto* de la loi 62 § 1, 18-1 ; il y a entre elles le même rapport qu'entre les actions *in factum* et *in jus* données au déposant. Mais nous avons constaté que tel n'est pas le caractère de l'action de la loi 62.

Brinz s'appuie sur la locution *ei ad quem ea res pertinet* pour soutenir que l'action du texte est accor-

(1) V. Saleilles : *Th. de l'oblig.*, p. 162.

(2) Ude, dans *Civ. Archiv.*, 1863, p. 268.

(3) *Op. cit.*, p. 294.

dée, non à l'acheteur, mais à un tiers ; mais on ne voit pas de quel rapport il s'agirait.

M. Puntchart (1) a découvert dans le texte une lacune qu'il comble par le raisonnement suivant : l'action dont il est question dans la loi 8 § 1, 11-7, est la même que celle dont il est parlé dans la loi 2 § 1, et la loi 7. La première nous apprend que celui qui a enseveli une dépouille ou des ossements humains dans le terrain d'un autre est tenu envers lui par une action *in factum* ; la seconde précise l'objet de cette action par laquelle le propriétaire du terrain en obtiendra la valeur, si mieux n'aime l'ensevelisseur lui rendre la libre disposition de son bien par l'enlèvement du cadavre qu'il y a déposé. La loi 8 pr., donne au propriétaire lui-même le droit d'enlever les restes mortuaires, mais seulement sur l'ordre du prince, ou avec la permission du pontife sans laquelle il s'exposerait à l'action *injuriarum*. Le § 1 qui lui fait suite se place donc dans le même ordre d'idées ; il se rapporte à la vente d'un terrain qui, profane à l'origine, a été rendu religieux par le dépôt d'une dépouille mortelle ; et la question se pose de savoir quelles actions sont accordées contre l'ensevelisseur, soit au vendeur, soit à l'acheteur, *ei ad quem ea res pertinet*. Si l'acheteur demande au vendeur, par l'action *emti* de la loi 62, l'intérêt d'exécution, le vendeur demeurant en possession du terrain vendu aura, d'après la loi 7, l'action *in factum* contre l'ensevelisseur. Si au contraire l'acheteur ayant conservé la possession du terrain en a payé le prix au vendeur, c'est lui qui exercera contre l'ensevelisseur l'action *in factum*, pour

(1) *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Rechts*, p. 166 et s.

en opérer le recouvrement ; comme il pourrait le réclamer aussi de son vendeur par l'action *emti*, l'action *in factum* ayant le même contenu que l'action du contrat (*quasi ex emto actionem contineat*), sera comme elle transmissible contre les héritiers de l'ensevelisseur.

En résumé, quelle que soit la personne qui l'intente, l'action visée par la loi 8 § 1, 11-7, est donnée, non contre le vendeur, mais contre l'ensevelisseur ; ce qui conduit M. Puntchart à rectifier le texte en intercalant la proposition *qui intulit* entre les mots *eum* et *dat* ; sans quoi l'on est obligé de rapporter l'accusatif *eum* à *locus* qui le précède immédiatement, ce qui ne se conçoit pas, attendu qu'on actionne une personne et non une chose.

Cette ingénieuse interprétation repose sur la confusion des actions de la loi 7 pr. et de la loi 8 § 1 ; or elles étaient distinctes dans l'édit du Préteur, l'une ayant trait au *jus mortui inferendi*, et l'autre à la vente du *locus religiosus* (1). D'ailleurs la différence de leur objet résulte de la comparaison de ces deux textes : l'action dont parle le premier nous est présentée par Gaius comme activement et passivement transmissible, sans autre explication ; au contraire Ulpien justifie par son caractère quasi-contractuel la transmissibilité passive de la seconde action.

Concluons donc que cette action appartient à l'acheteur contre son vendeur ; elle s'exerce entre personnes unies par des relations contractuelles. Pour le démontrer, M. Melliger fait au texte une autre correction ; elle consiste dans la suppression du mot *ei* qu'il croit interpolé ; ce qui donne à la loi le sens suivant :

(1) Lenel : *Das edictum perpetuum*, p. 180.

si un *locus religiosus* est vendu comme profane, le Préteur donne une action contre celui auquel appartient ce terrain (*in eum ad quem ea res pertinet*) ; dans cette opinion, il est inutile d'indiquer le sujet actif de l'action, qui est évidemment l'acheteur. La présence du dalif *ei* impliquerait que l'action appartient au vendeur, car la chose étant hors du commerce, il n'a pu en transférer la propriété à l'acheteur, auquel il est par suite impossible de rapporter la proposition *ad quem ea res pertinet*. Le texte devrait même dire, pour être plus exact : *in eum ad quem ea res pertinebat*, car le vendeur, lui aussi, a cessé d'être propriétaire du terrain devenu *religiosus* (1).

Quant à nous, nous rejetons toute hypothèse de lacune ou d'interpolation ; nous pensons que le § 1 de la loi 8, tel qu'il nous a été transmis, est d'une clarté suffisante. Il mentionne le sujet passif et le sujet actif de l'action *in factum* ; le premier est indiqué par le mot *eum*, qui se rapporte au substantif *domino* du début du texte, c'est-à-dire au propriétaire du terrain, donc au vendeur ; et le second est indiqué par le mot *ei*, complété par la proposition *ad quem ea res pertinet* qui signifie littéralement « celui auquel importe l'objet », c'est-à-dire celui qui a intérêt à l'acquérir, donc l'acheteur (2).

De cette discussion il résulte que l'action *in factum*

(1) V. *Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, thèse, Zurich, 1896, p. 37 et s.

(2) Bechmann prétend que cette périphrase a été employée à dessein au lieu du mot *emptor*, parce que l'acte était contraire au droit sacré ; mais elle se rencontre dans d'autres passages de l'édit du préteur, ainsi dans la loi 3 pr., Dig., 47-12, concernant l'action *sepulchri violati* ; elle n'a donc rien de particulier à notre hypothèse.

de la loi 8 § 1, a pour objet, non pas l'intérêt d'exécution puisque la vente est nulle, mais une indemnité représentant le préjudice souffert par l'acheteur en raison de cette nullité; celle-ci est attestée par la loi 23, Dig., 18-1; mais le sens de ce texte a encore été contesté par les partisans du système de la validité du contrat. D'après M. Puntschart, la nullité de la vente serait la conséquence, non pas du caractère illicite de son objet, mais de l'insertion par les parties dans leur convention de la clause : *si quid sacri vel religiosi est, ejus venit nihil*, énoncée à la loi 22; lorsque le vendeur doutait de la situation juridique de l'objet du contrat, il avertissait l'acheteur, par cette clause, qu'il ne s'engageait pas à lui prêter l'intérêt d'exécution au cas où se révélerait le caractère sacré de la chose vendue.

Cette interprétation doit être repoussée : la loi 22 elle-même nous avertit que la clause n'a d'utilité que dans les ventes d'objets dont la plus petite partie est hors du commerce; en son absence, la vente aurait été valable dans la mesure où elle pouvait l'être (loi 24), c'est-à-dire relativement à la majeure partie de son objet; la clause a pour but d'empêcher ce résultat. Mais elle est superflue lorsque l'objet est en entier hors du commerce, car la vente est alors nulle de plein droit (argument du mot *ceterum*); et si la loi 23 n'accorde pas à l'acheteur une action en indemnité, c'est parce qu'Ulpien n'a pas examiné la question dans ce texte.

En résumé, malgré les expédients dont certains commentateurs se sont servis pour fausser le sens de la loi 8 § 1, 11-7, le principe qu'elle contient demeure certain : l'action *in factum* est le premier terme de l'évolution que nous retraçons. De là,

comment a-t-on pu atteindre le second terme, qui est l'action *empti*?

D'après Leonhard (1), l'existence de cette action serait inconcevable si le contrat n'avait pas été valable, parce que le juge qui aurait condamné le vendeur malgré la nullité aurait dépassé ses pouvoirs et transgressé la règle : *judicem formula includit*. L'objection serait juste si l'action tendait à l'intérêt d'exécution ; or, tel n'est pas son but. De plus, son existence n'est pas en contradiction avec ce fait que le contrat est nul ; en effet, la *demonstratio* de la formule de l'action *empti* suppose uniquement qu'une vente a été contractée, qu'elle soit ou non valable : *quod A.A. N.N. vendidit* ; or une vente qui a un objet illicite existe néanmoins en tant que fait, rentrant dans la dénomination *vendidit*.

Ce qu'il y a de vrai, c'est que l'action n'ayant pas pour objet de faire obtenir à l'acheteur une indemnité pour inexécution du contrat, il ne pouvait originairement l'exercer, parce qu'elle aurait été détournée de son but normal ; il lui était nécessaire d'avoir à son service cette action *in factum*, dans la formule de laquelle le Prêteur invitait le juge à condamner le vendeur à la réparation du préjudice dont la cause était indiquée par la *demonstratio*. Puis, à mesure que l'on déduisit du caractère de bonne foi du contrat toutes les conséquences qu'il comportait, on lui rattacha l'obligation d'indemnité qui pesait sur le vendeur ; pour le condamner à l'exécuter, le juge n'eut plus besoin de recevoir du Prêteur une invitation particulière ; il n'eut qu'à puiser dans la clause de bonne foi que contenait l'*intentio* de la formule de l'action

(1) *Op. cit.*, p. 303.

emti, le pouvoir qui lui était autrefois dévolu par une concession expresse.

Et maintenant, comment comprendre le troisième et dernier terme de l'évolution que les textes indiquent par le mot *emtiō*? Quel est au juste l'acte juridique désigné par ce vocable? Est-on enfin en présence d'un contrat, ou au moins d'un commencement de contrat, si l'on peut ainsi parler? C'est le point le plus difficile de cette étude. Bien qu'il soit téméraire de ma part de tenter une explication personnelle, voici celle que je proposerais :

Je prends pour point de départ la découverte par M. Scialoja (1) d'une interpolation des lois 4 et 6, Dig., 18-1, dont nous transcrivons le texte ci-après :

Et liberi hominis, et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emtiō intelligitur, si ab ignorante emitur (l.4). Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse, nec cujuscumque rei, si scias alienationem non esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius (l. 6 pr.).

Ces textes appartiennent tous deux à Pomponius ; dans l'ouvrage dont ils ont été extraits, ils se suivaient sans interruption (2) : la conjonction *sed* marque le rapport de dépendance qui existe entre eux ; ainsi réunis, ils doivent donc être l'expression d'une seule idée exposée dans son complet développement. Or la lecture attentive des deux membres de phrase montre qu'il n'en est pas ainsi, et que le second n'est autre chose que la répétition du premier ; donc, s'ils nous

(1) *Bulletino dell' Instituto di Diritto romano*, 1889, p. 178 et s.

(2) V. Lenel : *Palingenesia*, n° 533.

avaient été transmis dans leur intégrité, la conjonction qui les relie l'un à l'autre serait incompréhensible, puisqu'elle marque une opposition. S'ils étaient de jurisconsultes différents, on s'expliquerait à la rigueur sa présence, en supposant que le second texte a été détaché d'un fragment dont les compilateurs n'ont pas reproduit la première phrase, et dont il ne nous est parvenu que la seconde, celle qui lui fait antithèse. Mais cette conjecture est inadmissible, puisqu'ils sont tirés d'un même traité; ils doivent alors nécessairement se compléter l'un par l'autre, et il est probable que le second apporte une restriction à l'idée trop générale exprimée par le premier.

Le romaniste italien rétablit par suite le véritable texte de la manière suivante : *Et liberi hominis, qui haberi non potest, emptio intelligitur. Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse, aut quorum commercium non est, ut publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur.* La proposition *si ab ignorante emitur* a été ajoutée par les compilateurs pour mettre la loi 4 d'accord avec la loi 6; cette addition leur a paru nécessaire, car leur différence de numéros montre qu'au Digeste elles ne se suivent pas comme dans l'ouvrage de Pomponius d'où elles ont été extraites; la première étant ainsi séparée de la seconde aurait exprimé une inexactitude, si elle n'avait subi la correction indiquée par la fin du texte. Les additions *et loci sacri et religiosi* ont sans doute été inspirées par les mots suivants : *qui haberi non potest*, car ces lieux, de même que l'homme libre, ne pouvaient faire l'objet d'une possession légale. De plus, leur intercalation a encore été motivée par la modification que les compilateurs ont apportée à la loi 6.

Ce sont eux, en effet, qui ont inséré les mots *nec cujuscumque rei, si scias alienationem non esse, ut sacra et religiosa loca*. Cette proposition ne s'accorde grammaticalement, ni avec la précédente, ni avec la suivante; celles-ci contiennent un accusatif exprimé (*hominem*) ou sous-entendu (*[ea] quorum*) formant le complément direct de *emere*, tandis que l'autre débute par un génitif. L'interpolation se révèle donc par la maladresse des compilateurs qui se sont trompés de cas, probablement parce que le substantif *hominis* de la première phrase ou le pronom *quorum* de la seconde étaient aussi employés au génitif.

Enfin, la locution *ut est Campus Martius* est un appendice qui paraît bien avoir été ajouté après coup.

Des développements précédents il ressort que la loi 4 se rapportait uniquement à la vente de l'homme libre; or, si nous prenons les autres textes qui parlent d'*emtio* (loi 70, h. t.), ou de *venditio* (l. 4, Dig., *Quibus ad libert. procl. non licet*, 40-13), nous constatons qu'ils se réfèrent à la même hypothèse. Au contraire, ces expressions ne sont pas employées dans les textes qui visent la vente d'un lieu sacré ou religieux (ll. 8 § 1, 11-7, 62 § 1, 18-1). J'en conclus qu'il a dû exister un développement historique spécial à la vente de l'homme libre, distinct de celui que nous avons retracé pour la vente des autres choses hors du commerce; puis, les deux évolutions s'étant accomplies parallèlement, se sont rejointes dans le droit de Justinien, dont les commissaires ont marqué la fusion par l'interpolation de textes appartenant à une époque antérieure. Essayons donc de décrire cette évolution particulière à la vente de l'homme libre.

A l'origine, lorsque l'on ne connaissait que la vente au comptant ou *mancipatio*, l'acheteur évincé

par suite de la *vindicatio libertatis*, avait contre son vendeur l'action *auctoritatis*, c'est-à-dire l'action qui lui était donnée lorsque après avoir acheté l'esclave d'autrui, il était évincé par le propriétaire revendiquant. L'identité d'action lui faisait obtenir la même indemnité, c'est-à-dire le double du prix de vente. Est-ce parce que, l'opération étant nulle dans les deux cas puisque la translation de propriété n'avait pu s'opérer, la réparation du préjudice causé par la nullité devait être identique ? Je ne le crois pas.

D'abord, il ne s'agissait pas, à proprement parler, de réparation du préjudice : dans les législations primitives, l'indemnité se mesure, non pas au dommage souffert, mais à l'intensité du ressentiment qu'éprouve la victime contre celui qui en est l'auteur ; elle n'est encore qu'une composition, dont le but est moins d'établir une équation entre le préjudice et la réparation, que d'apaiser la colère de l'offensé ; or celle-ci avait la même vivacité, que l'éviction provint d'une tierce personne ou de l'homme lui-même qui avait été vendu.

En second lieu, il ne s'agissait pas d'un préjudice causé par la nullité : à ces époques lointaines, la théorie des nullités n'a pas encore été scientifiquement établie par les jurisconsultes : par suite de la prépondérance de l'élément extérieur dans la formation des actes juridiques, l'on a une tendance à considérer comme valables tous ceux dans l'accomplissement desquels ont été observées les solennités requises. Que la *mancipatio* eût pour objet une chose dont le vendeur était propriétaire, ou bien la chose d'autrui, ou enfin une chose hors du commerce, les formalités nécessaires ayant été observées, elle existait en fait, et l'on devait considérer qu'elle existait

pareillement en droit ; l'objet ne portait pas en lui-même l'indication du nom de son propriétaire, ni la révélation de sa commercialité ou de sa non-commercialité ; l'homme libre en particulier était difficile à distinguer de l'esclave : l'opération se présentait donc sous des aspects absolument semblables.

En définitive, l'indemnité du double était, non pas la réparation du préjudice causé par la nullité, mais une composition forfaitaire due par le vendeur en raison du délit dont souffrait l'acheteur lors de la réalisation de l'éviction.

Plus tard, les actes juridiques exigent pour leur validité, non seulement l'accomplissement de certaines formes, mais encore la présence de conditions de fond, dont l'importance va croissante en face des premières qui un jour disparaissent. Telle est la règle qui gouverne le contrat de vente. Dans cette phase, la vente de l'homme libre est incontestablement nulle parce qu'elle a un objet illicite ; et l'indemnité due à l'acheteur va désormais devenir une réparation du préjudice qu'il souffre par suite de la nullité du contrat ; mais elle n'acquiert pas immédiatement cette destination.

Lorsque la vente, après avoir été contractée, s'exécute par *mancipatio*, l'acheteur exerçant comme autrefois l'action *auctoritatis*, l'indemnité du double conserve son caractère pénal, et lui est due chaque fois qu'il y a éviction, quelle qu'en soit la cause. C'est à cette hypothèse que se réfère un texte de Julien, la loi 39 § 3, Dig., 21-2 : un père vend sciemment son fils à un acheteur qui le croit esclave ; on demande à Julien s'il est tenu *evictionis nomine* ; le jurisconsulte répond : *qui liberum hominem sciens vel ignorans tanquam servum vendat, evictionis nomine*

tenetur; quare etiam pater, si filium suum tanquam servum vendiderit, evictionis nomine obligatur. Si donc on accordait à l'acheteur d'un homme libre évincé par la *vindicatio libertatis* la même somme de dommages-intérêts qu'à l'acheteur de l'esclave d'autrui évincé par son propriétaire, bien que dans un cas le contrat fût nul et dans l'autre valable, cela tient à la persistance de l'action *auctoritatis*, qui lui faisait obtenir autrefois dans ces deux hypothèses une indemnité identique. C'était une manifestation de l'esprit conservateur qui domine le développement des institutions juridiques romaines.

Mais lorsque l'exécution du contrat s'effectuait par la voie de la tradition, l'action *auctoritatis* n'appartenait plus à l'acheteur; aussi l'on conceit que des doutes sérieux se firent sentir sur la nécessité de lui attribuer une indemnité, puisqu'en somme le contrat était nul: leur existence nous est attestée par un texte de Paul, la loi 4, Dig., *Quibus ad libert. procl. non licet*, 40-43. Il répond à la question suivante de Licinius Ruffinus: un esclave à qui la liberté était due par fidéicommiss s'est laissé vendre étant majeur de vingt ans; doit-on lui refuser la *proclamatio ad libertatem*? Le jurisconsulte indique immédiatement les motifs de son hésitation: d'une part, s'il s'était vendu comme esclave même après avoir obtenu la liberté, l'action en réclamation de cette liberté lui serait refusée; or le fait que la vente a eu lieu pendant qu'il était encore en servitude ne peut rendre sa situation plus favorable. Mais, d'autre part, la vente de cet individu existerait en droit, tandis que la vente de l'homme libre est nulle: *in hoc de quo quaeritur conditio constitit et est qui veneat; in libero autem homine neque venditio constitit et nihil est quoniam veneat.*

Paul se prononce pour le refus de l'action, car l'esclave qui s'est laissé vendre alors qu'il était en son pouvoir d'arriver à la liberté est indigne de l'aide du Préteur fidéicommissaire. Et il écarte l'objection précédente en déclarant valable la vente de l'homme libre à un acheteur de bonne foi : *venditio quidem tam servi quam liberi contrahi potest, et stipulatio de evictione contrahitur*. Cette phrase précise le sens dans lequel il faut entendre la validité : l'acheteur a droit à l'indemnité du double stipulée dans l'éventualité d'une éviction. Si donc le contrat était nul selon la rigueur des principes, on pouvait néanmoins considérer la vente comme réalisable, de même qu'autrefois la *mancipatio*, parce que les deux causes justifiant cette conception originaire avaient survécu aux transformations subies par la vente : en premier lieu, la similitude d'aspect physique de l'homme libre et de l'esclave : c'est encore Paul qui le remarque dans la loi 5, 18-1 : *quia difficile dignosci potest liber homo a servo* ; en second lieu, l'évaluation des dommages-intérêts d'après une mesure qui, en raison même de son caractère forfaitaire, devait être invariable dans toutes les hypothèses d'éviction. Ainsi comprise, l'idée de validité n'était donc qu'un legs du passé ; aussi était-elle admise déjà par Sabinus et son commentateur Pomponius (l. 4, 18-1) ; elle le fut ensuite par Licinius Ruffinus, qui se rangea à l'avis de Paul, et, nous dit-il dans la loi 70, par la plupart des jurisconsultes : *liberi hominis emtionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat ; quod idem placet etiam si venditor sciat, emtor autem ignoret ; quod si emtor sciens liberum esse emerit, nulla emtio contrahitur*.

Lorsque l'indemnité d'éviction tendit à la répara-

tion exacte du préjudice causé, elle fut différente selon que la vente était nulle ou valable, car le dommage souffert n'était pas identique dans les deux cas. A ce moment, l'action en dommages-intérêts pour nullité de la vente, qui avait été jusqu'alors intimement liée à l'action en garantie, s'en sépare par ses conséquences; mais toutes deux continuent de porter le même nom d'action *empti*, parce que le fait qui donne naissance à l'une et à l'autre est toujours la dépossession de l'acheteur par une éviction. Cette communauté de nom eut pour résultat de les rattacher à une source commune, le contrat de vente; et voilà comment l'ancienne terminologie d'*emptio* ou de *venditio* se conserva par la force de la tradition.

En résumé, le développement historique de notre théorie s'est opéré sur deux bases distinctes; le but visé a été atteint successivement par les moyens suivants : les actions *auctoritatis*, *ex stipulatu* et *empti* pour la vente de l'homme libre; les actions *in factum* et *empti* pour la vente des autres choses hors du commerce : d'où vient cette dualité?

A l'époque où la *mancipatio* commença d'être en usage, la vente des *res publicæ* ou *divini juris* était sans intérêt pratique, parce que leur affectation était suffisamment connue pour que le public ne pût se tromper sur leur condition juridique (1); et il dut en être ainsi pendant un assez long temps, contrairement à ce qui se passait pour la vente de l'homme

(1) En ce qui concerne spécialement les *res religiosæ*, le doute ne pouvait se produire, car les Romains enterraient les morts dans leurs maisons ou à l'intérieur de la ville; la loi des Douze Tables interdit cet usage. (V. Mommsen : *Le Culte chez les Romains*, I, p. 371, n. 1).

libre, source féconde de méprises et de tromperies. Aussi la nécessité de protéger l'acheteur contre la nullité de ces opérations ne se fait sentir qu'à l'époque d'Ulpien, et cette protection n'est complète qu'à la fin de la période classique. On comprendra donc que les développements respectifs des deux théories n'aient pas été identiques, puisque le processus de l'une prend son point de départ à un moment où l'autre avait atteint déjà le terme de son évolution, puisque l'une remonte aux origines mêmes de la *mancipatio*, et que l'autre apparaît seulement lorsque cet acte n'était plus qu'un des modes d'exécution du contrat consensuel de vente : la vente ayant changé de caractère, les moyens de protection accordés à l'acheteur ne pouvaient être les mêmes.

Les deux théories, d'origines et d'âges différents, après avoir ainsi vécu côte à côte pendant un certain temps, finirent par se confondre, sans doute en raison de l'analogie frappante des deux situations auxquelles elles s'appliquaient, analogie rendue plus grande encore par ce fait que l'action *empti* était arrivée à triompher dans les deux groupes d'hypothèses, malgré l'illégalité de l'objet de la vente ; si donc on déclarait possible la vente de l'homme libre, il était naturel d'étendre cette manière de voir à la vente des autres choses hors du commerce.

A ce premier motif, il faut en joindre un autre tiré de l'influence qu'exerce la systématisation théorique, cherchant après coup à coordonner scientifiquement les solutions issues des besoins de la pratique : en effet, comment expliquer rationnellement l'existence d'une action contractuelle, s'il n'y a pas un contrat qui en soit le générateur ? La présence d'une action *empti* suppose donc nécessairement la validité d'une

emtio. De sorte qu'en définitive, tout se réduit à une question de mots : le contrat qui a un objet impossible est, peut-on dire, tout à la fois nul et valable; il est nul si l'on en considère les effets normaux (obligations à l'accomplissement des prestations réciproques); il est valable si l'on en considère l'effet accessoire (obligation de réparer le préjudice causé par la nullité).

Telle dut être la conception de la dernière époque; elle se déduit de la coexistence dans le même livre du Digeste, de la loi 62 qui porte : *emtio non tenet*, et de la loi 4 remaniée qui porte : *emtio intelligitur*; si ces expressions étaient contradictoires comme semble l'indiquer leur traduction littérale, les compilateurs qui avaient altéré le second texte auraient sans doute fait une correction semblable au premier, pour supprimer la contradiction; puisqu'ils s'en sont abstenus, c'est que dans leur pensée les deux locutions n'avaient pas des sens différents : tout dépend du point de vue auquel on se place. Et la même observation ressort avec une évidence encore plus manifeste de la place occupée par ces textes dans le droit postjustinien : si l'on consulte en effet les Basiliques (1), on constate que non seulement ils sont

(1) Tome II, XIX-1 : *Sacræ rei emtio contrahitur, si sacram eam esse emtor ignoret, et habet adversus venditorem actionem quanti ejus interfuit ne deciperetur; si vero sciat emtor, non consistit venditio.*

Sacræ rei emtio consistit, si sacram esse emtor ignoret: si vero sciat, non consistit, ut ait Pomponius.

Qui per ignorantiam rem sacram quasi privatam emit, licet venditio non consistat, tamen adversus venditorem ex emto actionem habet quanti interfuit ejus ne deciperetur, ut ait Modestinus.

dans le même livre comme au Digeste, mais qu'ils se suivent sans être séparés par d'autres textes; ce rapprochement, qui est certainement intentionnel, démontre qu'ils n'étaient pas inconciliables dans la pensée des auteurs du recueil : nulle sous un aspect, la vente est valable sous l'autre.

De l'évolution que nous avons retracée, nous ne retenons que le principe suivant, le seul qui nous intéresse en droit moderne : l'action qui est la sanction d'un rapport juridique déterminé peut servir à faire valoir des droits qui prennent naissance, lorsque ce rapport manque le but en vue duquel il avait été créé ou cesse de le remplir. Le droit romain nous offre d'autres exemples de ce phénomène : ainsi, l'action *communi dividundo* est donnée au communiste contre ses coïndivisionnaires pour obtenir le remboursement des impenses qu'il a faites sur la chose commune, même après la perte de la copropriété (II. 6 § 1, 11, 14 § 1, Dig., *Comm. divid.*, 10-3). De même, le mandat dans l'intérêt exclusif d'un tiers est nul; il ne peut donner naissance à l'action *mandati directa*, parce qu'il n'a pas lieu dans l'intérêt du mandant; or on a admis que le mandat de prêter de l'argent à un tiers (*mandatum pecuniæ credendæ*) ferait naître après son exécution une action *mandati contraria* en remboursement de la somme prêtée, parce que le mandant est supposé avoir voulu cautionner le tiers pour le cas où le mandat serait exécuté (Inst. III, xxv, 6).

Mais il est une hypothèse que nous devons examiner de plus près, car elle révèle un développement historique analogue à celui que nous avons retracé : c'est celle de résolution des contrats. Comme l'annulation, la résolution tend à l'anéantissement rétroactif

des actes juridiques : par quels procédés arriva-t-on à ce résultat ?

Dans les contrats formels, la condition résolutoire était inconnue (1); leur nature de contrats unilatéraux se serait opposée à l'insertion d'une clause de résolution, car elle oblige le créancier à restituer ce qu'il a reçu et aurait communiqué ainsi au contrat un caractère synallagmatique. D'autre part, à l'arrivée de la condition, la *condictio sine causa* n'aurait pu être exercée valablement, car elle ne se conçoit que si la cause de l'obligation primitive est anéantie : or elle réside dans les solennités accomplies, c'est-à-dire dans un fait que rien n'est susceptible d'effacer.

Au contraire, dans les contrats consensuels, la source de l'obligation réside dans le consentement des parties qui peuvent en régler l'effet comme elles l'entendent, et par suite l'anéantir rétroactivement : leur volonté sera sanctionnée, mais elle ne l'a pas toujours été par les mêmes moyens.

A l'origine, elle devait l'être par une action *in factum*, puisque la résolution entraînait la disparition du contrat ; dans la suite, ce fut une action *proxima emti in factum* (l. 6, Dig., 18-5 ; l. 12, 19-5). Enfin l'on donna l'action même du contrat qui fut admise de bonne heure pour certaines clauses résolutoires.

Or Pomponius, dans la loi 6 § 1, Dig., 18-1, à propos d'une hypothèse de *lex commissoria*, montre que l'existence d'une action contractuelle n'est pas incompatible avec le fait de la résolution du contrat : *nec conturbari debemus, quod inempto fundo dicatur, actio-*

(1) V. dans Appleton : *Nouv. revue histor. de droit*, 1879, p. 227 et s., la réfutation de l'arg. tiré de la l. 44 § 2, Dig., 44-7, en faveur de l'opinion contraire.

nem ex vendito futuram esse ; inemptis enim et venditis, potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est ; et cum lege id dictum sit, apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset ; non ut omnis obligatio emti et venditi utriusque solveretur. Ainsi, le prix n'ayant pas été payé par l'acheteur, le contrat est résolu quant à son effet principal, l'obligation de livraison du vendeur ; mais il ne s'en suit pas qu'il ne puisse donner naissance à d'autres obligations, produites par des pactes adjoints *in continenti* ; le vendeur exercera donc l'action du contrat pour reprendre sa chose. C'est le raisonnement même que nous avons appliqué au contrat nul.

Le parallélisme qui existe entre ces deux développements va nous permettre de mieux comprendre encore la formation historique de notre théorie, en marquant sa place dans l'évolution générale de la notion de contrat.

Les actes du droit primitif sont gouvernés par un principe que Ihering a appelé « la loi de simplicité élémentaire des corps juridiques (1) » : le contrat n'échappe pas à cette règle. Dans une première phase, il n'engendre qu'une action en exécution ; plus tard, il a pour effet l'obligation à la réparation du préjudice causé par une exécution imparfaite, qui s'obtenait autrefois par l'action d'un contrat différent ; il en fut ainsi de l'obligation de garantie. Dans une seconde phase, il donne naissance à l'action en résolution, bien qu'elle aboutisse à en détruire les effets. Enfin dans une troisième phase, l'action contractuelle sert à faire valoir les effets de la nullité de la con-

(1) V. *L'Esprit du Droit romain*, IV, p. 493 et s.

vention. A mesure que l'évolution traverse ces différents stades, la notion du contrat se complique et comprend des pactes accessoires, autrefois distincts de la convention principale, maintenant confondus en elle ; elle s'élargit en spirale, et l'action contractuelle vise désormais des objectifs multiples, semblable à la tige qui projette ses rameaux dans les sens les plus divers et les plus opposés.

Nous avons également constaté que l'action en nullité obéit à la loi générale de l'évolution de la responsabilité contractuelle en droit romain ; elle a passé de la sphère du délit dans celle du contrat : conservait-elle cette origine dans notre ancien droit ?

SECTION II

Ancien Droit.

Les romanistes du xvi^e siècle paraissent avoir interprété d'une façon assez exacte certains des textes que nous avons étudiés. Ainsi, d'après Cujas, la naissance d'une action contractuelle n'est pas incompatible avec la nullité du contrat, parce que le contrat est nul ou valable selon le point de vue auquel on se place, selon qu'on en considère l'effet principal ou l'effet accessoire. Mais il donne de l'action *in factum* une explication insuffisante et ne semble pas voir en elle l'origine première d'une théorie qui s'est constituée par assises successives : cela tient à ce que la méthode historique n'était alors qu'à ses débuts (1). De

(1) *Opera omnia*, VII, col. 692 et 693 : Respondeo, duobus modis intelligi teneri et perfectam esse : uno, ut res tradatur et

même, la raison par laquelle il justifie la différence de traitement existant entre la vente et la *stipulatio*, n'est pas très solide : la stipulation, dit-il, tend à un transfert de propriété qui n'est pas nécessaire dans la vente ; mais cela ne prouve guère, car la vente a au moins pour objet un transfert de possession tout aussi impossible que le transfert de propriété, lorsque la chose vendue est hors du commerce (1).

Doneau semble faire allusion à la garantie des vices pour rendre compte de la validité de la vente : elle a un double objet : la chose vendue et les qualités affirmées par le vendeur ; s'il lui est impossible de délivrer la chose à l'acheteur, il est obligé de prester

adquiratur emtori. Hoc priori casu, non est perfecta venditio rei scilicet sacræ vel religiosæ; et ita accipienda est l. 62, 18-1. — Altero modo, dicitur perfecta venditio, cum intercessit consensus et pretium, ita ut actio ex emto competat emtori ad id quod interest. Hoc posteriori casu perfecta est venditio rei sacræ et religiosæ, et ita intelligenda est l. 4.

Obijcitur l. 8 § 1, 11-7, ubi religiosa re vendita, non dicitur actio ex emto, ut diximus, sed actio in factum et quasi ex emto. Respondeo jurisconsultum considerasse emtionem non esse perfectam ut res adquiri possit emtori; itaque dixit tantum actionem in factum; at in l. 62, consideravit emtionem perfectam esse ut agi possit ad id quod interest; itaque dixit competere actionem ex emto.

Simile est exemplum l. 8 et l. 21 § 2, 19-1 : nam in l. 8 dicitur emtio esse nulla, si nulla res sit quæ emi possit; at in l. 21 nulla res subest, et tamen datur actio ex emto. Ergo, ubi emtio perfecta non est, datur actio ex emto; quod intelligendum est : ut perfecta non sit, quantum ad dominium consequendum : quantum autem ad alias res, perfecta sit.

(1) Differentiæ ratio hæc est, quod in stipulatione oporteat transferre rei dominium in stipulantem; cum autem hæc res non possunt cuiquam adquiri, merito in stipulationem deduci non possunt. In emtione autem non est necesse dominium rei transferre, et si dominium non transferatur, agit tamen emtor ad id quod interest.

l'intérêt qu'avait l'acquéreur à ce qu'elle possédât les qualités à elle attribuées, et dont l'absence a empêché la tradition de cette chose. La distinction de ces deux objets du contrat, dont l'un peut être fourni bien que l'autre soit impossible à prêter, lui permet d'expliquer la contradiction apparente qui ressort de la loi 62 § 1, 18-1 (1).

Enfin Fabre sépare assez nettement la vente des choses hors du commerce de la vente de la chose d'autrui : ni l'une ni l'autre, dit-il, n'ont pour effet le transfert de propriété de l'objet vendu ; mais celle-ci oblige le vendeur au transfert de la possession, celle-

(1) *Commentarium juris civilis*, VIII, col. 846 § 9, 847, et 848 § 11 et 12. — Valet venditio, non ut res ipsæ præstantur, quæ præstari non possunt ; sed ut venditor qui de his rebus aut mentitus est aut affirmavit, teneatur emptori in id quod ejus interest res tales fuisse quales vendebantur. Nec ad rem pertinet quod hæ res tradi non possunt ut transferantur ; nam omnis emptio duo continet inter alia, nempe rem quæ venditur et id quod venditor affirmat. Nam quodcumque est quod venditor de re affirmavit, etiamsi non sit, tamen emptori ignoranti præstare id debet, et nisi præstet, tenetur emptori quanti ejus interest id fuisse quod affirmatum est (l. 18, 21-1).

Verum tamen contraria hic veterum scripta esse ; imò in hoc ipso loco Modestinus secum pugnantia loqui videtur : ait enim hic in hac specie emtionem non teneri, et tamen ibidem ait emptorem posse ex emto agere ; non potest ex emto agere, nisi emptio teneat : ita fit, ut idem dicat emtionem teneri et eundem non teneri ; idque in eadem specie. Respondeo : recte hæc omnia dicuntur, nec quicquam est in iis repugnans si auctorum sententia spectatur ; valet emptio ad aliquid, etiamsi non valeat per omnia ; ut autem dicatur valere, satis est si doceatur valere aliquo modo. Id enim sic accipiendum est, ut non valeat emptio de ipsis rebus venditis, seu non valeat per omnia, etiamsi aliquo modo valeat, ut subjecit. Subjecit enim saltem ex emto actionem esse in id quod emptoris interest : iis verbis, vel exceptio, vel correctio præcedentis sententiæ continetur, quasi dixisset : etsi emptio non valeat per omnia, tamen valet hactenus ut agi ex emto possit in id quod interest.

là à la prestation d'une indemnité ; et c'est en ce sens que l'on déclare le contrat valable dans les deux cas, puisqu'il est générateur d'une obligation. La stipulation n'engendre pas cette obligation d'indemnité, parce qu'elle est un contrat de droit strict qui n'oblige pas le promettant au-delà de ce qui a été expressément stipulé. Quant à l'action *in factum*, Fabre se méprend complètement sur sa portée (1).

Malgré ces inexactitudes historiques, les romanistes avaient suffisamment dégagé le principe qui avait

(1) *Rationalia ad Pandectas*, V : p. 206, sur la l. 4. — Emtio et venditio toties valere dicitur quoties nascuntur ex ea obligatione personales emti et venditi, quamvis domini translatio nulla sequatur, neque sequi possit, ut evenit facta venditione rei alienæ; ubi quod dicitur emtionem hanc non valere, sic intellige ut non valeat quod ad rem ipsam, sed tantum ad obligandum venditorem.

Différence avec la stipulation : respondeo stipulationem esse stricti juris, neque ex ea peti aliud posse quam quod in stipulationem nominatim deductum est; ergo ex stipulatione dandi hominis liberi non ad aliud agi posse quam ut liber homo detur, quod porro impossibile est, cum non sit in commercio. Consequens ergo est ut omnino inutilis sit stipulatio, non autem emtio, quia id quod emtoris ignorantis non decepi interest ei a venditore præstari, neque impossibile, neque iniquum est.

P. 267. — Aliud est tenere venditionem alicujus rei quod ad rem ipsam venditam, id est, quantum ad hoc ut obligetur venditor, si non ad dominium transferendum, in emtorem saltem ad rem tradendam, ut evenit re aliena vendita. Aliud vero tenere venditionem quantum ad obligandum venditorem, ut præstet quanti emtoris interest deceptum sum non fuisse : hoc enim posteriore casu nihil vetat actionem ex emto accommodari potest (d'après Fabre, la l. 62, § 1, vise le cas de dol du vendeur, et la l. 21, § 2, celui de bonne foi).

Obstare tamen videtur quod scriptum est in l. 8 § 1, 11-7, actionem in factum, non ex emto competere; sed loquitur eo loco Ulpianus de actione danda non emtori, sed ei ad quem sepulchrum pertinet, qui utique ex emto agere non potest, cum non emerit.

prévalu à la fin de la période classique ; ils avaient reconnu que la nullité d'un acte juridique ne lui enlève pas nécessairement toute efficacité. Aussi cette règle se transmet-elle aux époques postérieures par les auteurs qui prirent le droit romain pour base de leurs travaux.

Au xvi^e siècle, nous la voyons exprimée par Dumoulin (1), qui l'applique à la vente portant sur la succession d'une personne encore vivante ou sur la succession d'un moine. Charondas le Caron (2) l'énonce en ces termes : « quand nous parlons de la chose en laquelle consiste la vendition, nous entendons celle qui est au commerce des hommes ; toutesfois, encores qu'elle ne soit au commerce des hommes ou qu'elle soit périe ou ruinée, si est-ce que si l'acheteur en estoit ignorant, la vendition tiendra et aura effect, non pour en avoir par l'acheteur la tradition, ains son interest pour avoir esté deceu par le vendeur ».

Aux siècles suivants, Despeisses (3) l'applique à la vente des biens ecclésiastiques : « néanmoins, si l'acheteur déçu par le vendeur a cru lesdits biens être profanes, il pourra demander son indemnité contre le vendeur du préjudice qu'il reçoit de ne pouvoir jouir desdits biens » ; Prévôt de la Jannès (4) à la vente de choses inexistantes : « mais si c'était par un fait qui ne fût pas de la connaissance de l'acheteur, qui a pu croire probablement qu'elle existait, le vendeur sera

(1) *Opera quæ exstant*, III, p. 673, 1^{re} col. : in casu tamen quo venderetur viventis, servi vel monachi hereditas, licet venditio esset nulla, tamen emtor potest agere ex emto contra venditorem, ad pretium recuperandum, ad interesse, item ad expensas.

(2) *Pandectes ou Digeste du droit français*, p. 272.

(3) *Œuvres* I : De l'achat, section 2, n^o 8.

(4) *Les principes de la jurisprudence française*, II, p. 217.

tenu de l'indemniser ». Comme on le voit, ces deux jurisconsultes insistent plutôt sur le motif que sur la source de la responsabilité; ils la font reposer sur la bonne foi de l'acheteur : c'est une idée que nous aurons plus tard à mettre en relief.

D'autres auteurs s'attachent au contraire à faire ressortir l'origine contractuelle de la responsabilité; elle est nettement indiquée par le Nouveau Denizart (1) : « quoique ces biens ne puissent être vendus, si néanmoins l'acquéreur est dans la bonne foi, le contrat subsiste pour lui donner une action en dommages-intérêts contre le vendeur ». Argou (2) tient le même langage : « on ne peut pas vendre les choses qui ne sont pas dans le commerce, comme les choses sacrées; néanmoins si l'acquéreur est dans la bonne foi, le contrat subsiste à l'effet de lui donner des dommages-intérêts contre le vendeur. »

Enfin Pothier (3) commentant les textes romains, montre l'étroite parenté qui existe entre les actions

(1) P. 798.

(2) *Institutes au droit français*, II, p. 233-234; Claude de Ferrière : *Instit. au droit franç.*, II, p. 131, et Julien : *Éléments de jurisprud.*, p. 300, ne visent que le cas de dol du vendeur.

(3) *Pandectæ Justinianæ* : I, p. 468, sous la l. 8 § 1 : non est ex emto, cum rei religiosæ nulla emtio esse possit; sed est ad instar actionis ex emto, cum licet contractus stricto jure non valeat, tamen propter bonam fidem emtoris ex ejus parte quodammodo sustinetur, ut videbimus infra. — II, p. 150 : quod hactenus diximus, rerum quarum commercium non est non valere venditionem, cum hac limitatione accipiendum est, ut si ab ignorante bona fide emtæ fuerunt, venditor obligetur emtori in id quod ejus interest non fuisse deceptum; et eo sensu dicitur hoc casu venditio valere. — Sous la l. 62 § 1 : hoc accipe de actione ex emto utili; neque enim potest competere directa, cum in hac ipsa lege dicitur emtio non tenere; hinc hæc actio alibi in factum appellatur.

in factum et *ex emto* ; toutes deux impliquent la nullité de la vente, et c'est pour cette raison qu'il donne à la seconde le nom d'action *utile*, par opposition à l'action *directe* qui est l'action en exécution ; mais toutes deux supposent également que la vente est maintenue dans une certaine mesure, car la première est accordée à l'image de la seconde.

Les textes que nous avons rassemblés suffisent à démontrer qu'au cours de notre ancien droit, la tradition historique ne fut pas interrompue. Il est même intéressant de constater qu'un jurisconsulte, à la différence de ses contemporains ou de ses successeurs qui reproduisaient purement et simplement l'hypothèse prévue par le droit romain, généralisa l'idée contenue dans les textes et en fit sortir une règle applicable à tous les contrats et à toutes les causes de nullité. Voici en effet ce qu'écrivit Domat (4) : « les conventions qui se trouvent nulles par quelque cause dont un des contractants doit répondre, comme s'il a aliéné une chose sacrée ou publique, ont cet effet, quoique nulles, d'obliger aux dommages-intérêts celui qui y donne lieu. » Il est donc inutile d'emprunter à l'Allemagne le principe d'une théorie que nous pouvons puiser dans nos propres sources, j'aurais dit dans le Code lui-même qui nous régit à l'heure actuelle.

(4) *Lois civiles* ; liv. II, tit. 1, sect. 5, n° 15.

SECTION III

Droit actuel.

L'article 1599 du Code civil prévoit une hypothèse de dommages-intérêts pour contrat manqué : ce contrat est la vente de la chose d'autrui. Quelle est la base de la responsabilité qu'il édicte ? Est-elle délictuelle ou contractuelle ?

Constatons d'abord que la vente est nulle et non pas annulable : la loi part de cette idée, que de sa nature, la vente a pour objet un transfert de propriété qu'elle réalise de plein droit. Nous n'avons pas à apprécier cette conception peut-être trop rigide ; mais, ainsi que nous le verrons, elle résulte indubitablement des travaux préparatoires. Si donc le vendeur n'est pas propriétaire de la chose vendue, la vente a un objet légalement impossible, ce qui rend le contrat juridiquement nul. Aussi les auteurs qui adoptent cette opinion sur le caractère de la nullité font généralement découler de l'article 1382 l'obligation du vendeur aux dommages-intérêts ; la vente étant censée n'avoir jamais eu d'existence, l'acheteur recouvre par l'action en répétition le prix indûment payé ; et les dommages-intérêts lui sont dus comme réparation du préjudice à lui causé par le vendeur, dont les agissements constituent un délit.

On a objecté que l'application de l'article 1382 ne se conçoit plus, lorsque le vendeur est de bonne foi (1) ? Et pourquoi pas ? Parce que celui qui a reçu

(1) Saleilles : *Th. génér. de l'oblig.*, p. 171 ; Baudry-Lacantinerie et Barde : *Oblig.*, I, p. 333 et s.

de bonne foi un paiement indu n'est pas obligé au-delà de la restitution du prix (art. 1378-1380)? Mais cette limitation n'a pas ici de raison d'être; en effet, d'ordinaire l'*accipiens* n'est pas en faute lorsqu'il reçoit les sommes qu'on lui verse, car il a toute raison de supposer l'existence de la prétendue dette qu'on acquitte entre ses mains, un débiteur devant connaître quelles sont exactement ses dettes; si le *solvens* s'est trompé, c'est à lui seul à en subir les conséquences; aussi l'*accipiens* ne sera-t-il tenu que dans la mesure de son enrichissement. Il en est tout autrement lorsqu'il a reçu le prix d'une vente nulle; c'est lui qui a commis une faute en omettant de se renseigner sur l'existence de son droit de propriété relativement à la chose vendue; et cette faute est un quasi-délit tombant sous l'application de l'article 1383, de même que son dol est un délit rentrant dans la définition de l'article 1382.

Donc, dans les deux cas, son obligation envers l'acheteur peut fort bien se justifier par les principes de la responsabilité délictuelle; mais le doit-elle? Nous ne le croyons pas. Les solutions légales font plutôt supposer que la responsabilité est contractuelle.

Les dommages-intérêts de l'article 1599 sont, en pratique, évalués suivant les mêmes règles que ceux de l'article 1630 concernant la garantie; que l'acheteur attende l'éviction pour actionner le vendeur en garantie, ou qu'il invoque l'article 1599 dès qu'il s'aperçoit de la nullité de l'opération, l'indemnité qui lui est allouée a toujours le même caractère et représente la réparation du préjudice qui lui a été causé; quelle en est donc la quotité? L'article 1630 semble lui donner un droit à la réparation intégrale, d'où l'on

serait fondé à conclure que la responsabilité est d'origine délictuelle. Mais telle n'était point la doctrine de Pothier que le Code a certainement reproduite ; d'après lui (1), le vendeur n'est en principe obligé qu'aux dommages-intérêts dus *propter rem ipsam non habitam*, en conséquence de la privation de l'objet soufferte par l'acheteur ; ils sont égaux à la plus haute valeur de la chose à laquelle les parties ont dû s'attendre. Quant à ceux qui représentent le préjudice subi par l'acheteur dans ses autres biens, *extrinsecus*, ils ne sont dus que lorsqu'ils ont été prévus par les contractants. Pothier s'en réfère donc au principe général qu'il a exposé dans sa Théorie des obligations, parce que « l'obligation du vendeur n'étant formée que par son consentement, elle ne peut comprendre que ceux auxquels il a voulu et consenti s'obliger ».

Or, entre les textes de Pothier et les articles du Code, il y a une corrélation manifeste : les articles 1633-1635 s'occupent de la réparation du préjudice intrinsèque, et il n'est parlé du préjudice extrinsèque que dans l'article 1639, qui, sur ce point, fait un renvoi au Titre des obligations, analogue à la référence de Pothier. Donc, pour prendre son exemple, l'acheteur d'une maison qui y a établi une auberge n'aura pas d'indemnité correspondant à la perte que lui cause l'éviction relativement à son commerce, à moins qu'elle n'ait été vendue à un aubergiste dans le but d'y exercer sa profession ; l'obligation du vendeur étant conventionnelle est soumise à la limitation indiquée par l'article 1150. La responsabilité étant contractuelle quant à son étendue, doit

(1) *Vente* : nos 130 et s. ; 139 et s.

l'être aussi quant à sa source; mais alors, le problème se pose de savoir comment l'on doit concilier avec la nullité du contrat le caractère contractuel de l'obligation de garantie: l'esquisse de son évolution à travers les législations anciennes et modernes donnera peut-être la réponse à cette question.

Dans l'ancien droit romain, le contrat consensuel de vente était inconnu; on ne pratiquait que la vente au comptant, réalisée au moyen d'une translation de propriété par le mode appelé *mancipatio*. La garantie ne résultait pas alors d'un engagement du vendeur; elle était l'indemnité pécuniaire qu'il devait payer à l'acheteur comme rançon du délit dont il s'était rendu coupable en vendant la chose d'autrui; elle revêtait par conséquent le caractère de toutes les obligations délictuelles à la dernière période de leur développement historique, c'est-à-dire à l'époque où, en raison du développement sans cesse croissant de la notion d'ordre social, on était arrivé à les sanctionner par une composition légale. On voyait dans le seul fait d'avoir prêté son concours à la *mancipatio* sans être propriétaire, un acte illicite devant entraîner à ce titre la réparation du tort occasionné; ce point de vue cadre parfaitement avec l'esprit du droit pénal antique, qui s'attache exclusivement à la matérialité des faits, sans apprécier le degré de culpabilité de l'agent.

Dans cette première phase, l'obligation de *dare* n'aurait eu aucun sens, puisque la vente réalisait elle-même le transfert de propriété; on ne concevait que l'obligation de garantie, qui était due lorsque l'éviction faisait apparaître le délit du vendeur; elle était donc accessoire à la vente. Or Brinz (1) pense

(1) *Pand.* II, § 280, et Saleilles : *op. cit.*, p. 214 et s. — V. une

que lorsque la vente cessa d'être un acte réel pour devenir un contrat, elle conserva sa physionomie primitive; elle se distingua de la vente originaire en ce sens qu'elle fut un acte productif d'obligations, tendant à l'accomplissement de l'aliénation que celle-ci réalisait autrefois par elle-même; mais, comme cette dernière, elle n'obligea point le vendeur à *dare*; il ne fut tenu qu'à la transmission d'une possession paisible; et l'obligation de garantie, au lieu de découler d'une obligation de *darè* issue du contrat de vente, fut attachée, comme par le passé, au fait même de l'éviction; elle fut accessoire au contrat et non pas engendrée par lui.

Quoi qu'il en soit de cette explication, nous constatons en effet que l'acheteur n'avait de recours en garantie qu'au moment où son éviction par le propriétaire de la chose vendue faisait apparaître l'absence du droit de propriété du vendeur. Lorsque l'aliénation s'effectuait par voie de *mancipatio*, l'acheteur avait, comme autrefois, l'action *auctoritatis*; mais elle lui faisait défaut lorsque l'aliénation avait eu lieu par le procédé de la tradition. On eut alors recours aux stipulations de garantie, par lesquelles l'acheteur obtenait du vendeur la promesse de l'indemniser du préjudice causé par l'éviction. Ce furent successivement : la *stipulatio secundum mancipium*, par laquelle l'acquéreur réclamait le double du prix, lorsque l'aliénateur n'avait pas réussi à le préserver d'une attaque judiciaire; la *stipulatio duplæ*, qui remplissait la même fonction, mais avec cette différence que l'indemnité n'était due qu'au cas où l'acheteur

avait succombé en repoussant cette attaque, avait subi une véritable éviction; et enfin la *stipulatio habere licere*, qui dans le même cas faisait obtenir, au lieu d'une amende fixe, une indemnité proportionnelle au préjudice. Telle est la seconde phase par laquelle a passé la garantie.

Deux traits la caractérisent : d'abord, l'action *ex stipulatu*, modelée à l'origine sur l'action *auctoritatis*, en avait graduellement perdu le caractère délictuel. L'action en garantie était donc devenue une action contractuelle. Mais l'obligation dont elle était la sanction avait conservé son caractère accessoire; elle naissait non de la vente, mais du contrat distinct de stipulation de garantie au cas d'éviction. A cette époque, dit M. Girard, « vendre est une chose, garantir en est une autre (1). »

Il en fut encore de même dans la troisième phase de son développement. L'acheteur eut d'abord l'action *empti* pour obliger le vendeur à donner son consentement à l'une des stipulations précédentes qui jusque-là n'étaient que volontaires; puis la promesse qu'elle contenait fut sous-entendue, et la garantie elle-même put être réclamée par l'action du contrat. Seulement, la conception romaine originaire de la garantie, qui était, non pas une obligation découlant directement de la vente, mais un effet accessoire à ce contrat, subsistait; aussi, bien que s'exerçant par l'action du contrat, elle n'était due en principe que lorsque l'acheteur avait été évincé; il ne pouvait pas recourir contre le vendeur avant d'être troublé dans sa possession, même s'il apprenait qu'il n'avait pas été rendu propriétaire.

(1) *Nouv. Rev. hist. de droit*, 1884, p. 395.

Cependant, les textes démontrent que certaines exceptions furent apportées à cette règle. Ainsi, une personne achète un esclave qui lui a été légué par son propriétaire; le prix une fois payé, il demande à l'héritier l'exécution du testament; il aura contre le vendeur l'action *ex emto*, bien qu'il n'ait pas été évincé; il recouvre le prix payé, dit Julien, *quemadmodum recuperaret, si homo evictus fuisset* (ll. 85, Dig., 30-1°; 29, 19-1). Il en est de même s'il recueille l'esclave à titre d'héritier dans la succession du propriétaire (l. 9, Dig., 21-2); et Paul ajoute : *Sabinus ait amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci*; l'acheteur n'a donc pas la ressource de l'action *ex stipulatu*, parce que la condition essentielle de son exercice, l'éviction, fait défaut; il n'est pas troublé dans sa possession par une revendication de l'objet vendu, puisque au contraire, l'acquisition qu'il en fait du propriétaire affermit son droit et le rend opposable à tous.

L'obligation de garantie d'éviction n'explique pas davantage l'existence de l'exception *rei venditæ et traditæ* (l. 1, Dig., *De exc. r. v. et t.*, 21-3), opposable par l'acheteur au vendeur qui revendique la chose vendue, après en avoir acquis la propriété; en effet, l'exercice de la revendication ne constitue pas à lui seul une éviction; elle n'a lieu que lorsque l'acheteur a cessé d'être maintenu dans la possession de la chose par suite d'une défaite judiciaire; jusque-là, il lui est impossible d'intenter contre le vendeur l'action *ex stipulatu*; l'exception n'a donc pas le même fondement que l'action.

Comment alors comprendre qu'on soit venu en aide à l'acheteur, lorsqu'il n'y avait pas eu éviction proprement dite? Il est à croire que les Romains,

tout en maintenant les anciens principes, y avaient apporté des dérogations inspirées par un sentiment d'équité. Sans admettre d'une façon générale que l'acheteur était en droit de se retourner contre son vendeur dès qu'il s'apercevait qu'il n'était pas devenu propriétaire, la jurisprudence était parvenue à lui reconnaître un recours lorsque, malgré l'absence d'éviction, il n'avait pas obtenu du vendeur une possession conforme à celle qu'en bonne justice il devait attendre de lui.

Il semble donc qu'un dernier progrès restait à s'accomplir : il n'y avait qu'à généraliser le principe qui avait été appliqué dans certaines hypothèses déterminées, et décider que l'acheteur, sans avoir besoin d'attendre l'éviction, triompherait dans l'exercice de l'action en garantie, dès qu'il serait à même d'établir l'absence du transfert de propriété ; c'était le terme dernier de l'immense développement qui prenait son origine aux premiers temps de la législation romaine. Aussi n'est-il pas étonnant de voir ce principe consacré par le droit romain de la dernière époque, c'est-à-dire le droit allemand : dans son article 433, le Code civil allemand déclare que le vendeur s'engage à livrer la chose à l'acheteur et à lui en procurer la propriété (*Verschaffungsprinzip*). L'ancienne conception de la garantie est désormais abandonnée ; le vendeur n'est plus seulement obligé de transférer la possession paisible de la chose vendue ; il doit procurer à l'acheteur le droit de propriété ; sinon, il y a inexécution du contrat, et l'acquéreur aura la faculté de lui demander garantie avant tout trouble apporté dans sa possession, aussitôt qu'il s'apercevra n'avoir pas été rendu propriétaire.

Ainsi, l'action en garantie a perdu son caractère

accessoire ; elle n'est plus, comme autrefois, une ramification de l'action du contrat subordonnée dans son exercice au fait de l'éviction ; elle est l'action même du contrat, que le créancier exerce lorsque le débiteur n'a pas exécuté son obligation (1).

C'est le système le plus rationnel : pourquoi donc n'a-t-il pas trouvé place dans notre Code civil ? Parce que les textes romains n'ont pas toujours été exactement interprétés dans l'ancien droit. Si nous consultons Pothier (2), nous constatons que cette fausse interprétation avait entraîné une double modification dans la théorie romaine.

En premier lieu, la notion de l'éviction s'était élargie et comprenait des hypothèses qui, dans le droit romain, n'y étaient point renfermées. Ainsi Pothier estime que l'acheteur subit « une espèce d'éviction » lorsque, depuis la vente, il a recueilli la chose vendue dans la succession de celui qui en est propriétaire ; comme il la retient, dit-il, non plus en qualité d'acheteur, mais en qualité d'héritier, le vendeur cesse de remplir l'obligation qu'il avait contractée envers lui de *rem habere licere* ; si « l'éviction proprement dite » résulte d'une sentence, l'acquisition de la chose en vertu d'un nouveau titre est constitutive d'une « quasi-éviction » qui fonde le recours en garantie. Il en est de même du « délais de la chose vendue que l'acheteur fait, quoique sans sentence, à un tiers qui dès le temps du contrat de vente en était le propriétaire, ou qui avait dès ce temps un droit informe de se la faire délaissier », si l'acheteur prouve l'existence effective de

(1) L'art. 440 maintient l'ancienne conception lorsque l'objet vendu est mobilier.

(2) *Op. cit.*, n^{os} 93 et s.

ce droit ; ici encore, le vendeur a manqué à son obligation, puisque l'acheteur n'avait pas le pouvoir de retenir la chose, et qu'il l'a immédiatement délaissée pour éviter les frais d'un jugement.

Ces décisions, inspirées par l'équité, étaient mal motivées ; elles s'appliquaient à des situations qui devaient être distinguées de l'éviction ; par suite de cette confusion, le mot perdait sa signification précise, et pour le définir, on énumérait les diverses hypothèses dans lesquelles les jurisconsultes romains donnaient l'action *ex emto* à défaut de l'action *ex stipulatu*. Or l'idée qui était déjà en germe dans le dernier état du droit romain, c'est que, dans ces hypothèses, l'action accordée à l'acheteur n'était pas l'action en garantie d'éviction (puisqu'il n'y avait pas éviction), mais une action en exécution du contrat ; on laissait à l'éviction son sens naturel, mais un besoin se manifestait d'élargir la conception primitive de la garantie. L'ancien droit, allant au rebours de cette tendance, attribua à l'éviction un sens défectueux, et maintint le système romain de la garantie.

La conséquence, regrettable au point de vue du progrès de l'institution, fut que l'action en garantie, à part certaines exceptions, demeura en principe soumise aux anciennes règles ; elle resta subordonnée au fait de l'éviction, le vendeur n'étant obligé qu'à la transmission d'une possession paisible.

Telle est la première transformation qui s'était accomplie, relative aux conditions d'exercice de l'action en garantie ; la seconde concerne ses effets. A la fin de notre ancien droit, elle a cessé d'être une action en exécution pour devenir une action en résolution de la vente ; la différence se manifeste dans le quantum des dommages-intérêts qu'elle fait obtenir à l'a-

cheteur : si la chose vendue a diminué de valeur lors de l'éviction, le vendeur n'en devra pas moins rendre le prix de vente en totalité.

Cette transformation s'explique d'abord par une fausse interprétation des textes romains que donna Dumoulin ; puis par l'admission dans l'ancien droit de la condition résolutoire tacite, qui n'avait pas été consacrée par le droit romain comme institution ayant un caractère général. Pothier pose en règle (1), que dans les contrats synallagmatiques, chacun des contractants a soumis l'exécution de son engagement à la condition que l'autre ne manque pas au sien ; sinon le contrat est résolu ; or, lorsque le vendeur laisse évincer l'acheteur, il contrevient à son engagement, et par suite n'a aucun droit à l'exécution de celui de l'acheteur ; celui-ci, par l'action en garantie, fera résoudre la vente. Toutefois, cela suppose que l'éviction est totale ; si elle est partielle, l'action en garantie redevient une action en exécution : comment expliquer cette différence ?

Il est probable qu'elle repose sur un signe tout extérieur : le fait de l'exécution ou de l'inexécution matérielle du contrat. Si la partie dont l'acheteur a été évincé est de faible importance par rapport à l'autre, on peut dire que le vendeur a livré la chose, puisque l'acheteur en retient la plus grande portion ; extérieurement, le contrat est exécuté ; et il s'agit simplement de compléter l'exécution.

Il n'en est plus de même au cas d'éviction totale : l'acheteur ne demeurant plus en possession d'aucune parcelle de la chose, le contrat est inexécuté ; il aura donc à son service l'action en résolution, qui est la

(1) *Op. cit.*, n^{os} 69 et s.

garantie normale de l'exécution. Telle paraît bien être la raison qui a déterminé Pothier, si l'on en juge par sa réponse à Caillet, qui faisait supporter à l'acheteur la diminution de valeur de la chose survenue depuis le contrat de vente ; il en est ainsi, dit-il, « quand elle lui reste et que le vendeur a rempli son obligation ».

Si l'action en résolution et l'action en exécution atteignent des buts diamétralement opposés, elles sont néanmoins toutes deux des actions contractuelles. Dumoulin (1) reconnaît ce caractère à l'action en garantie ; *actio ex emto de evictione..... habet duo capita; unum perpetuum, scilicet ad pretium.....; secundum casuale, scilicet in id quod interest præter pretium*. Et si Pothier octroie à l'acheteur qui a payé son prix la *condictio sine causa*, il ne faut pas croire qu'il lui refuse l'action du contrat ; cette affirmation tomberait devant les deux arguments suivants : d'abord, Pothier traitant de l'action en résolution en général, déclare ce qui suit : « Le pacte commissoire étant une clause apposée au contrat de vente et qui en fait partie, l'action qui en naît est une branche personnelle de l'action *ex vendito* » (2). Et il reproduit cette expression pour qualifier la nature juridique de l'action en garantie, qu'il appelle « une branche personnelle de l'action *ex emto* » (3).

Nous pouvons maintenant caractériser l'obligation de garantie dans la quatrième phase de son développement : lorsque l'éviction est totale, elle a pour objet la résolution de la vente ; mais, bien que le con-

(1) *De eo quod enterest*, n° 68 et s.

(2) *Op. cit.*, n° 463.

(3) *op. cit.*, n° 102.

trat soit résolu, l'acheteur la fait valoir par l'action même de ce contrat. En outre, elle reste, comme elle était en droit romain, une obligation accessoire à l'obligation de délivrance, distincte de cette dernière, et subordonnée en principe à la réalisation de l'éviction.

Elle a conservé cette physionomie dans le Code civil : les articles 1626 et suivants, placés sous la rubrique « De la garantie d'éviction », indiquent clairement quelle est la condition d'exercice de notre action.

D'autre part, lorsque à l'époque de l'éviction la chose vendue a diminué de valeur, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix, ce qui est une preuve de la résolution de la vente (art. 1631). Ce sont donc les solutions de Pothier. Cependant, il est un cas où la conception de l'ancien droit a été modifiée : c'est le cas où le vendeur a livré une chose dont il n'est pas propriétaire ; le nouveau principe consacré par le législateur français relativement au transfert de propriété devait introduire un nouveau changement dans la matière de la garantie, qui traverse une cinquième phase.

D'après l'article 1138, la propriété se transfère entre les parties par le seul effet de la convention ; or, si la vente n'a pas, il est vrai, pour objet direct l'obligation de procurer la propriété, cette obligation en est néanmoins l'objet indirect et éloigné, puisque le vendeur est responsable de l'éviction de l'acheteur par le propriétaire de la chose vendue. Aussi, les rédacteurs du Code civil l'assimilèrent à un aliénateur, et considérèrent, en vertu du principe que nous avons rappelé, que la vente elle-même réalisait cette aliénation ; la vente de la chose d'autrui devait donc être nulle, puisque le contrat est devenu un mode d'ac-

quisition de la propriété, et qu'il est impossible de *dare rem alienam*. C'est ce que dit le tribun Faure (1) : « C'est au propriétaire même à vendre la chose si bon lui semble ; mais, pour celui qui ne l'est pas, la seule obligation dont l'exécution dépende de lui consistant en des dommages-intérêts, c'est par une pure subtilité qu'on l'appelle vendeur ; car si le même jour où celui-ci vend, le propriétaire vendait, il faudrait donc dire qu'il y a deux ventes, ce qui serait absurde ».

Mais, d'autre part, il est nettement indiqué dans le discours de Grenier au Corps législatif que l'action en dommages-intérêts prend sa source dans le contrat : « il ne pourra donner lieu, dit-il, qu'à la seule restitution du prix ; et dans le cas où il ne serait pas établi que l'acquéreur eût su que la chose était à autrui, l'acte ne produira qu'un seul effet, qui sera de donner lieu à des dommages-intérêts ». Nous voilà donc replacés, et cette fois par les rédacteurs eux-mêmes de notre Code, en face d'une situation avec laquelle nous devons être familiarisés depuis le début du présent essai : un contrat nul qui, malgré cette invalidité, est susceptible d'engendrer une action en responsabilité.

Par conséquent, dans cette hypothèse spéciale de vente de la chose d'autrui, l'action en garantie n'est plus, comme en droit romain, une action en exécution du contrat, ni comme dans l'ancien droit une action en résolution du contrat, elle est une action en nullité de la vente. Il s'en suit qu'elle obéit aux règles gouvernant les actions en nullité ; elle pourra donc être intentée par l'acheteur avant toute éviction,

(1) Locré, XIV, p. 241.

dès qu'il s'apercevra de la nullité de l'opération. Mais elle continue d'avoir une origine contractuelle ; lui assigner une base délictuelle, ce serait lui restituer le caractère qu'elle avait aux époques les plus lointaines, et faire table rase de l'immense progrès qui depuis s'est opéré. Si la vente du droit français, qui a cessé d'être un contrat simplement productif d'obligations pour devenir un mode translatif de la propriété, se rapproche par ce trait de l'antique *mancipatio*, l'action en garantie a perdu la physionomie de l'ancienne action *auctoritatis* ; c'est une action contractuelle, et si elle est issue d'un contrat nul, nous savons comment s'explique cette contradiction apparente : les parties ont pris l'engagement réciproque de s'abstenir de faute dans la formation du contrat ; cet engagement subsiste malgré la nullité de la vente ; comme elle provient d'une faute du vendeur, il sera responsable, par l'action issue de cette convention, du préjudice causé à l'acheteur ; la vente produit effet dans cette mesure, bien qu'elle soit nulle quant à son objet principal (1).

Les nombreuses discussions qu'a soulevées en droit moderne la théorie de la vente de la chose d'autrui ont leur source, je crois, dans un défaut de notre méthode d'interprétation juridique : elle consiste à déduire, avec une logique impeccable, les corollaires d'un principe par lequel on se croit nécessairement enchaîné, sans s'apercevoir que ce prétendu postulat, auquel on attribue la vertu d'un axiome, n'existe souvent nulle part, n'a que la valeur d'une concep-

(1) De même la vente, quoique nulle, peut servir de juste titre à l'acheteur à l'effet d'acquérir le bien vendu par la prescription décennale : Cf. Bufnoir : *Propriété et Contrat*, p. 298 et 299.

tion rationnelle, mais non seule possible, et qu'on doit l'abandonner lorsqu'il est en opposition avec certains effets reconnus par le législateur ou exigés par les nécessités pratiques. Il est évident qu'en notre matière, la doctrine s'est heurtée à un obstacle de cette nature ; le contrat, a-t-on dit, est inexistant ; par quel effort de raisonnement ferait-on produire effet à un acte qui, par définition même, n'en engendre aucun ? Et alors les auteurs, partis de ce point commun, se sont divisés en deux groupes : les uns, considérant l'obligation de garantie comme une obligation délictuelle, ce qui est contraire à une longue tradition dont s'est inspiré notre Code ; les autres, déclarant la vente simplement annulable, donc provisoirement valable, et par suite donnant naissance à la garantie, si l'acheteur aime mieux réclamer l'exécution du contrat qu'en demander l'annulation : ce qui est une distinction contraire aux textes et à l'esprit de la loi.

Un auteur, M. Vigié (1), a émis une opinion dissidente : d'après lui, l'article 1599 a pour but d'accorder à l'acquéreur une facilité qu'il n'avait pas jusqu'alors : celle d'intenter l'action en garantie dès qu'il entrevoit une menace d'éviction, sans attendre qu'elle se soit réalisée : ce qui offre pour lui des avantages considérables. L'obliger à attendre l'éviction, c'est le forcer à courir les risques de l'insolvabilité possible du vendeur à ce moment, c'est lui enlever toute idée d'apporter des améliorations à la chose qu'il n'a pas l'espérance de conserver, c'est lui en rendre la revente plus difficile, car il n'en acquerra la propriété que par la prescription, dont le délai est

(1) *Cours de droit civil*, III, p. 373 et s.

plus long qu'à Rome : bref, ce n'est pas exécuter la vente de bonne foi. L'article 1599 fait disparaître tous ces inconvénients ; l'action qu'il donne à l'acheteur est une action en garantie *utile* ; le droit romain ne la lui concédait que si le vendeur était de mauvaise foi (l. 30 § 1, Dig., *De act. e. et v.*, 19-1) ; le droit français a fait un pas de plus en la lui accordant même si le vendeur est de bonne foi. Il a désormais le choix entre cette action et l'action directe des articles 1626 et s., selon qu'il juge préférable d'agir aussitôt après la connaissance qu'il acquiert d'un danger d'éviction future, ou d'en attendre au contraire la venue.

Mais cette théorie a pour conséquence d'appliquer à l'action en nullité de l'article 1599 les règles ordinaires de l'action en garantie ; l'acheteur seul aurait donc le droit de l'intenter ; or cette restriction viole le texte qui ne distingue entre l'acheteur et le vendeur qu'au point de vue des dommages-intérêts. — De plus, le système présente comme française une conception de la garantie qui existe dans le Code allemand, mais qui n'a pas sa place dans le nôtre ; le droit français reproduit clairement la théorie romaine d'une éviction préalable (art. 1625) ; ce n'est que dans un cas exceptionnel qu'il édicte une règle différente, motivée par des raisons étrangères à toute modification dans la conception classique de la garantie.

Ce point est important à noter ; car si le principe est resté le même, l'exception de l'article 1599 doit être entendue restrictivement. L'acheteur devra donc attendre la manifestation d'un trouble dans sa possession, non seulement dans les cas où l'éviction étant susceptible de ne pas se produire, il semble

naturel de subordonner l'action en garantie à sa réalisation (vente d'une chose grevée de privilèges ou d'hypothèques); mais encore dans des hypothèses voisines de celle de l'article 1599, qui ne devra pas leur être étendu par analogie, parce qu'il n'est pas la conséquence d'une conception nouvelle de la garantie. Exemple : un individu vend une chose dont il est propriétaire; puis, avant que l'acheteur n'ait fait transcrire la vente, il l'aliène à un second acquéreur qui remplit cette formalité; le premier n'est pas dans une meilleure situation que s'il avait acheté la chose d'autrui; néanmoins, comme au moment où elle a été formée, la vente était valable, il sera obligé d'attendre l'éviction, parce que l'obligation de garantie, de même qu'en droit romain et dans l'ancien droit, a pour objet immédiat de lui faire obtenir une possession paisible de la chose vendue, et non, comme en droit allemand, de l'en rendre propriétaire.

En définitive, toutes ces hésitations viennent de ce qu'on est parti d'un principe dont on a exagéré la portée : la vente de la chose d'autrui est un contrat inexistant. Mais la meilleure preuve de son existence, c'est que le législateur lui attache certains effets! Soutenir le contraire, c'est nier la réalité; et il me semble voir un aveu de cette vérité dans le langage des auteurs eux-mêmes : le contrat, disent-ils, est *censé* n'avoir jamais existé; c'est donc qu'en fait il existe! Pourquoi dès lors ne produirait-il pas certains effets en droit? Il est nul quant à son objet normal, le transfert de propriété de la chose vendue; mais il est valable à tout autre point de vue, et à ce titre, il donne naissance au profit de l'acheteur à une action en responsabilité contre le vendeur, parce que

le but envisagé par les parties ne peut être atteint : tel est le sens naturel de l'article 1599.

La théorie qui s'en dégage ressort également de l'article 1693, qui oblige le vendeur d'une créance à en garantir à l'acheteur l'existence au temps du transport. Si la validité en droit romain de la vente d'une créance inexistante se justifie par son assimilation à la vente de la chose d'autrui, la nullité de celle-ci en droit français a pour conséquence la nullité de la première. En lui appliquant le raisonnement que nous avons écarté dans le commentaire de l'article 1599, on devrait dire : le contrat ayant un objet inexistant est lui-même inexistant, et n'engendre aucune action ; seulement, le fait du vendeur d'avoir participé à sa formation constitue un délit ou un quasi-délit tombant sous le coup des articles 1382 et suivants.

On expliquerait ainsi l'obligation de garantie en faisant abstraction du contrat, dont l'existence de fait ne peut cependant être déniée : par contre, un parti important dans la doctrine explique les effets de la subrogation légale, par la supposition d'une vente que le créancier ferait de sa créance à la personne qui l'a désintéressé et qui prend sa place dans l'exercice de ses droits et actions contre le débiteur ; or en réalité cette vente n'existe pas. Ne vaudrait-il pas mieux bannir la fiction dans les deux cas, et considérer : d'une part, l'obligation de garantie comme l'effet d'une vente existante ; d'autre part, la transmission des actions du subrogé au subrogeant comme le résultat d'une cession légale, non pas à titre de vente, mais à titre de paiement ?

Ou bien, si l'on tient à conserver la fiction, il faut en restreindre la portée. L'explication par l'idée d'une

vente fictive, du maintien des droits du subrogé contre le débiteur au profit du subrogeant, malgré leur extinction par le paiement de la créance, est un expédient d'origine ancienne; Paul, l'un des jurisconsultes romains les plus systématiques, s'en servait déjà pour justifier le bénéfice de cession d'actions accordé à la caution qui a libéré le débiteur principal à l'égard de son créancier (l. 36, Dig., 46-1); mais on n'a jamais poussé cette idée à ses dernières conséquences, et les auteurs qui y ont recours signalent des différences entre la subrogation et la vente de créances. De même, l'assimilation d'un contrat nul au néant n'a que la valeur d'une comparaison plus ou moins heureuse, ayant pour but de faire comprendre que l'effet régulier du contrat ne se produit pas; mais elle ne doit pas obscurcir la réalité, au point d'être invoquée par l'interprète pour refuser à ce contrat la possibilité de donner naissance à certains effets secondaires; et il faut la mettre de côté, lorsque la loi elle-même les reconnaît expressément.

Par cette observation, nous terminons notre démonstration du caractère contractuel de la garantie due par le vendeur d'une créance inexistante ou de la chose d'autrui : examinons maintenant quel est le montant de l'indemnité qu'elle fait obtenir à l'acheteur : est-elle équivalente à l'intérêt positif ou à l'intérêt négatif?

D'abord, il est certain qu'elle ne représente pas l'intérêt positif, puisque, la vente étant nulle, l'acheteur n'est pas admis à en réclamer l'exécution sous forme d'équivalent pécuniaire. Aussi l'indemnité comprend-elle en premier lieu, la restitution du prix payé par l'acheteur, ainsi que des différents frais par lui déboursés dans la formation du contrat : c'est le

premier des deux éléments dont se compose l'intérêt négatif, c'est-à-dire la perte éprouvée.

Mais en ce qui concerne le gain manqué, la loi applique les principes relatifs à l'intérêt d'exécution; elle accorde en effet à l'acheteur, non pas le gain qu'il aurait réalisé dans une opération avantageuse dont il a été détourné par sa croyance erronée en la validité de la vente, mais le gain qu'il aurait réalisé par suite de la vente elle-même supposée valable : ainsi, lorsque à l'époque où a été judiciairement constatée la nullité de la vente de la chose d'autrui, cette chose a augmenté de valeur, le vendeur devra payer à l'acheteur ce qu'elle vaut au-dessus du prix de vente (art. 1633), car cet excédent représente le bénéfice ou une portion du bénéfice qu'il aurait obtenu s'il était demeuré en possession de la chose vendue. Et cependant, c'est un élément dont on ne devrait pas tenir compte dans le calcul de l'indemnité, puisque la vente étant nulle, il ne saurait être question d'indemniser l'acheteur pour la privation des avantages qu'elle ne pouvait lui procurer, et que seule une vente valable lui aurait fournis; les augmentations, de même que les diminutions de valeur de l'objet de la vente (art. 1634), devraient donc n'avoir aucune influence sur l'évaluation des dommages-intérêts : pourquoi en est-il autrement ?

J'en donnerai deux raisons : la première, c'est que l'indemnité prévue par l'article 1630 étant une indemnité due pour résolution d'une vente valable par l'éviction de l'acheteur, le législateur lui a maintenu ce caractère lorsque l'action en garantie cesse d'être une action en résolution pour devenir une action en nullité de la vente; il a voulu adopter, dans un but de simplicité, un mode de calcul uniforme : peut-être

y a-t-il été conduit en outre par une raison pratique.

En effet, il sera pratiquement difficile d'évaluer le gain rapporté par une opération qui aurait dû être conclue par le contractant, s'il ne s'était pas prêté à la formation d'un contrat nul; puisqu'elle ne l'a pas été, le juge n'aura pas en main les divers éléments qui lui permettraient d'apprécier le montant de cette portion de l'indemnité; il sera donc en droit d'exiger du demandeur qu'il établisse cette base d'appréciation; or, ce sera une preuve également délicate à fournir. On comprend alors que le législateur ait supprimé ces difficultés, en accordant à l'acheteur le gain qu'il aurait retiré du contrat même qui est annulé; par suite, dans la vente d'une créance inexistante, l'acheteur obtiendra une indemnité égale à la différence entre le prix de la cession et la valeur nominale de la créance qui lui sera généralement supérieure (1).

Mais on conçoit que ce mode d'évaluation est tout exceptionnel; en tous cas, il suppose que la vente a un objet dans le commerce, susceptible d'une estimation pécuniaire. De plus, il ne faut pas l'étendre indistinctement aux autres causes de nullité, car il conduirait parfois à l'exagération de l'indemnité due

(1) Cela suppose que le cessionnaire aurait touché le montant total de la créance au cas où elle aurait existé; mais s'il n'avait pu en toucher qu'une partie, le débiteur étant insolvable et sa solvabilité n'ayant pas été garantie par le cédant, cette portion seule servirait de base au calcul de l'indemnité; en ce sens : Aubry et Rau : *op. cit.*, § 359 bis, n. 65; Guillouard : *Vente*, II, n° 836. — *Contra* Colmet de Santerre : *Cours analyt. de Code civ.*, VII, n° 139 bis, V; Laurent : t. 24, n° 549.

pour gain manqué, et qui en principe ne peut être la même que si le contrat était valable.

Le point essentiel en cette matière était de dégager l'origine contractuelle de la responsabilité édictée par la loi pour un cas particulier de nullité de contrat. En droit romain, nous avons vu que ce caractère s'expliquait par le jeu naturel des lois sociologiques de l'évolution juridique. Le droit moderne, traversant une phase plus avancée du développement des institutions, ne pouvait méconnaître les progrès accomplis; aussi le Code civil en reconnaît formellement l'existence; et si la doctrine lui a prêté un langage différent du sien, c'est par suite d'une fausse méthode d'interprétation qui prend pour point de départ de ses raisonnements des principes préconçus et puisés dans les fictions; la théorie que nous proposons d'adopter substitue la réalité à la fiction, en établissant une différence entre la nullité et le néant : elle est donc le résultat d'une évolution méthodologique.

Généralisant alors la solution consacrée par l'article 1599, comme Ihering avait généralisé les décisions contenues dans les textes romains, nous dirons : tout contrat nul oblige le contractant, par la faute duquel s'est produite la nullité, à indemniser l'autre partie du dommage que cette nullité lui a causé et qui a pour mesure l'intérêt négatif.

CHAPITRE II

Conséquences pratiques.

SECTION I^{re}

Contrats passés par les personnes capables.

Bien que la jurisprudence n'offre pas en notre matière une doctrine parfaitement homogène, il est néanmoins possible de rattacher certaines de ses décisions à la théorie que nous venons d'exposer. Il est intéressant en particulier d'examiner la manière dont elle a tranché la difficulté classique envisagée par les textes romains : celle qui s'élève à propos de la vente d'une chose hors du commerce.

Nous rencontrons à cet égard trois arrêts dans les recueils : le premier a trait à la vente d'un immeuble faisant partie d'une succession non ouverte ; l'acte contenait une clause pénale par laquelle les parties avaient fixé l'indemnité que le vendeur serait obligé de payer à l'acheteur s'il n'exécutait pas ses obligations. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 17 mars 1825 reconnut l'efficacité de cette clause parce que, la preuve contraire n'ayant pas été administrée, l'acheteur devait être considéré comme ayant ignoré que l'immeuble appartenait à une personne dont le vendeur n'était que l'héritier présomptif ; la responsabilité de ce dernier était donc d'origine contractuelle, puisque la clause pénale n'est valable que

si elle sanctionne une obligation valablement contractée (art. 1227).

M. Dalloz (1) critique le principe de cet arrêt qui a le tort, suivant lui, d'assimiler à la vente de la chose d'autrui la vente d'une portion de succession future; celle-ci « ayant une cause illicite (art. 791, 1130 et 1600), ne peut être garantie par aucune obligation accessoire »; mais le bien-fondé de cette opinion supposerait la validité de la première vente, alors que l'article 1599 en consacre expressément la nullité. L'arrêt étend avec raison cette disposition à la seconde vente, puisque les deux opérations ayant un objet illégal doivent être gouvernées par les mêmes règles. M. Dalloz en fait l'application pour un motif des plus contestables; l'acquéreur, dit-il, ignorant la provenance du bien vendu, est assimilable à l'acquéreur de la chose d'autrui; il faudrait alors en conclure que la vente d'une succession future est valable toutes les fois que l'acheteur est de bonne foi : or les textes ne font pas cette distinction, car la nullité tient à des considérations d'ordre public étrangères à la bonne foi des parties; celle-ci n'a d'influence que sur la recevabilité de l'action en dommages-intérêts de l'acheteur. L'extension de l'article 1599 à la vente d'une succession future se justifie donc parce que ce contrat est entaché du même vice que la vente de la chose d'autrui; comme ellè, il oblige le vendeur à payer à l'acheteur une indemnité dont nous avons déterminé la quotité et le caractère; dans cette mesure il est valable, et par suite, la clause pénale qui en garantit l'exécution est elle-même valable.

L'application des règles propres à la vente de la

(1) *Répert. de jurispr.*, v° *Vente*, n° 510.

chose d'autrui est encore faite par le second arrêt, rendu par la Cour de Grenoble le 11 janvier 1865 (1) dans les circonstances suivantes : par décret du 30 avril 1810, l'Etat avait affermé à la ville de Valence les terrains militaires autres que ceux de la citadelle; la ville en percevait le revenu par le moyen de sous-locations; l'un de ses fermiers ayant fait sur la portion qui lui était louée des dépenses assez importantes pour l'élévation de certaines constructions, il obtint de la ville, qui s'était concertée à ce sujet avec le génie militaire, la concession du terrain à perpétuité, à charge de démolir les constructions à ses frais en cas de guerre : cette convention fut arrêtée le 22 novembre 1822. Plus tard, une ordonnance du 3 septembre 1823 autorisa, aux conditions de l'acte de 1822, la vente du terrain au fermier, au nom de la ville qui la lui consentit le 11 octobre. Quarante ans après, elle actionna ses successeurs en délaissement de l'immeuble qu'elle avait vendu à leur auteur; mais ils lui opposèrent l'exception de garantie, et la Cour fit droit à leur prétention en décidant « que le maintien des représentants du fermier en la possession des terrains revendiqués pouvait seul représenter la complète réparation du dommage que causerait l'éviction. »

Cette solution est-elle exacte en droit? La vente consentie par la ville de Valence en 1823 portait sur un immeuble faisant partie du domaine public de l'Etat, donc hors du commerce; de plus, l'acheteur était de bonne foi : l'ordonnance de 1823 qualifiant la concession de vente, il avait cru que la ville était devenue propriétaire dès cette époque; elle-même,

(1) S., 65, 2, 140.

malgré les termes du décret de 1810, voyait dans sa jouissance l'équivalent d'une propriété, car elle ne devait cesser de lui appartenir que si une déclaration de guerre nécessitait la rétrocession du terrain à l'Etat, éventualité qui ne s'était pas réalisée; enfin l'Etat, lui aussi, croyait si bien n'en être plus propriétaire qu'en 1842, lors d'un déclassement, il l'avait cédé à la ville à titre gratuit, comme s'il avait voulu, dit la Cour, régulariser une situation préexistante, consolider le droit de propriété de la ville. Mais de tout cela que devait-on conclure, sinon que la vente, nulle à l'origine, n'avait pas été rétroactivement validée par la désaffectation de l'immeuble devenu ensuite la propriété de la ville, et que par suite, l'acheteur n'avait droit qu'à des dommages-intérêts, sans pouvoir prétendre au maintien de la vente ?

C'est la solution qui semble découler des considérants par lesquels débute l'arrêt : « Attendu que si la vente d'une propriété hors du commerce est nulle de plein droit, comme la vente de la propriété d'autrui, cet acte, inexistant comme translatif de propriété, crée néanmoins pour le vendeur tout un ordre d'obligations ; qu'il s'est engagé en effet, non seulement à transférer à un tiers la propriété de la chose, mais encore à lui en procurer la paisible possession et à le garantir de toute éviction ; que s'il est impuissant à remplir la première de ces obligations, c'est-à-dire le transfert d'un droit résidant sur la tête d'un autre et qui ne se peut usucaper, il n'en est pas de même de l'obligation toujours possible et licite d'indemniser l'acquéreur de bonne foi s'il subit une éviction ; que cette obligation, qui constitue entre le vendeur et l'acquéreur un véritable lien de droit, est consacrée par l'article 1599 ; et que, si c'est le vendeur qui veut

lui-même l'évincer, l'acquéreur qui serait fondé à l'appeler en garantie s'il était troublé par un tiers, a le droit, *a fortiori*, de revendiquer contre son vendeur le bénéfice de l'article 1599 ». Comment alors, de l'article 1599 qui consacre le droit à une indemnité, la Cour a-t-elle fait sortir le droit au maintien du contrat ?

Il est probable qu'elle a repoussé la demande en revendication du vendeur par application de la maxime : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Elle semble cependant inadmissible, lorsque l'éviction provient de l'exercice de la revendication par le propriétaire de la chose vendue ; en effet, la vente de la chose d'autrui étant nulle, cette nullité ne peut disparaître par aucun événement postérieur, et il semble dès lors que le vendeur a le droit de l'invoquer, et de revenir sur l'exécution du contrat en revendiquant la chose dont il a acquis la propriété, tant que l'acheteur ne l'a pas prescrite ; l'acheteur ne serait donc reçu à lui opposer la maxime précédente que si l'on déclarait la vente simplement annulable, et pouvant être validée par une confirmation expresse ou tacite de la partie seule admise à se prévaloir de l'annulabilité ; en invoquant l'exception, elle renoncerait tacitement à son droit de faire annuler la vente qui serait ainsi confirmée.

Nous ne croyons pas cependant la maxime inconciliable avec le caractère de nullité radicale et non de simple annulabilité que nous avons reconnu à cette opération. La théorie des nullités, telle qu'elle est généralement enseignée, n'a pas été construite par les rédacteurs du Code, où on ne la trouve nulle part exposée dans tous ses détails ; elle est plutôt le résultat d'un développement coutumier issu d'un commun

accord entre la doctrine et la jurisprudence; aussi l'interprète ne saurait-il se croire enchaîné par des règles qui n'ont qu'une autorité de raison, et qui doivent plier lorsque des considérations d'équité lui font un devoir de s'écarter des déductions rigoureuses de la logique.

Or, ne serait-il pas injuste d'accorder au vendeur devenu propriétaire de la chose indûment aliénée la faculté de la revendiquer? N'y aurait-il pas un dol de sa part à se prévaloir d'une qualité qu'il a acquise depuis la formation du contrat, et qu'il croyait avoir définitivement perdue par l'effet de la vente? L'exception de garantie n'est donc qu'une variante de l'exception de dol qui peut toujours être opposée au vendeur, lorsqu'il manque à la bonne foi qui préside aux relations contractuelles. Le refus de cette exception à l'acheteur est une conséquence de l'idée dont nous avons signalé un premier danger, et qui consiste à comparer le contrat nul au néant: puisque le contrat ne s'est pas formé, comment pourrait-il être maintenu? Comment faire produire au néant un effet quelconque? Mais nous avons montré qu'il n'y a là qu'une fiction; le contrat existe; seulement, par suite de la nullité dont il est affecté, son efficacité est diminuée dans une certaine mesure et non pas complètement supprimée; le droit pour l'acheteur d'invoquer la maxime: *quem de evictione...*, constitue, de même que l'obligation du vendeur de réparer le dommage à lui causé par la nullité, un effet de la vente; comme elle, il est la conséquence de la bonne foi inhérente au contrat, dont personne ne saurait contester l'existence de fait.

Et ici encore, je suis heureux d'appuyer cette opinion sur un texte romain qui consacre une décision

du même genre ; elle nous prouvera une fois de plus que les jurisconsultes savaient à l'occasion rejeter les déductions de principes abstraits, lorsqu'elles leur paraissaient contraires à l'équité. Elle concerne, non pas la vente de la chose d'autrui valable en droit romain, mais l'hypothèque de la chose d'autrui ; la convention hypothécaire ayant pour objet la création d'un droit réel est nulle lorsqu'on le fait porter sur la chose d'autrui (l. 6, C., *Si aliena res pign. data sit*, 8-16). Supposons donc un débiteur qui a hypothéqué une *res aliena* ; si plus tard il en devient propriétaire, l'hypothèque est-elle nulle ? Papinien n'hésite pas à faire une brèche à la logique et accorde au créancier de bonne foi une action hypothécaire utile (l. 1 pr., Dig., *De pign. et hypoth.*, 20-1), parce que l'on se trouve dans un cas particulièrement favorable.

C'est pour un motif semblable que nous reconnaissons à l'acheteur l'exception de garantie ; peu importe, comme dans l'espèce que nous avons analysée, que l'immeuble dont le vendeur a acquis la propriété ait été originairement hors du commerce, s'il est devenu dans la suite aliénable. Mais s'il a conservé sa condition juridique primitive, le vendeur ne pouvant s'en rendre propriétaire, l'acheteur est privé de l'exception de garantie qui ne se conçoit plus, et n'a contre lui que la ressource de l'article 1599 : ce double point a été reconnu par le troisième arrêt rendu à l'occasion des faits suivants (1) :

La ville de Lille avait vendu à un industriel la propriété de la force motrice d'une chute d'eau ; plus tard elle fut appelée en garantie par l'acquéreur dans une contestation qui s'était élevée entre lui et un tiers ;

(1) S., 79, 1, 196.

elle demanda reconventionnellement la nullité de la vente, dont l'objet faisait partie du domaine public de la commune. Par un jugement du tribunal de Lille du 3 juin 1876 et par un arrêt confirmatif de la Cour de Douai du 8 janvier 1877, la nullité fut prononcée et la ville condamnée à des dommages-intérêts. — « Attendu, dit la Cour, que R. a évidemment ignoré l'inaliénabilité de la chose vendue; que partant, si la nullité de la vente lui a occasionné un préjudice, il est fondé à en demander la réparation (argument de l'article 1599 du C. civil); attendu que dans ce cas, les dommages-intérêts ne procèdent point d'une garantie qui justifierait une exception contre l'action en nullité de la vente, mais sont un effet produit par cette nullité même ».

Ces raisons parurent contradictoires à la ville de Lille qui forma un pourvoi devant la Cour de cassation, en se basant sur les deux moyens suivants: en premier lieu, le tribunal avait eu tort de déclarer le vendeur responsable en vertu de l'obligation de garantie, car l'acquéreur n'aurait eu qu'à lui opposer l'exception de garantie pour obtenir le maintien de la vente. La Cour l'avait si bien compris qu'au lieu d'invoquer le principe de la garantie, elle faisait appel à l'article 1599; mais alors (second moyen), la ville estimait que cette disposition ne lui était pas davantage applicable, parce qu'elle consacre un des effets de la garantie; elle concluait donc à son irresponsabilité.

Mais cette argumentation ne réussit pas à convaincre la Cour suprême, qui, sur un rapport très étudié de M. le conseiller Cuniac, se rangea, pour d'autres motifs, à l'avis des juridictions inférieures. La ville, disait le rapport, est responsable de ne pas s'être renseignée sur l'étendue de ses droits; la chute pro-

venait d'une acquisition faite par elle deux ans avant la vente, en exécution d'une délibération du conseil municipal qui l'affectait à l'usage perpétuel et en commun des habitants ; et c'est dix-huit ans après la vente qu'elle venait en demander la nullité contre un acheteur de bonne foi ; elle devait donc réparer les suites de sa négligence. Le rapporteur, faisant alors un intéressant rappel des textes romains, expose que cette solution traditionnelle ressort de l'article 1599, et l'applique à la ville qui avait en quelque sorte aliéné la chose d'autrui, puisque le domaine public constitue, selon les expressions du tribunal, « non pas la chose de la ville, mais la chose du public ». Mais cette dernière assertion est très discutable.

Aussi la Cour préféra se placer sur un autre terrain, dans un arrêt savamment motivé du 11 février 1878, dont nous extrayons les deux principaux considérants : « Attendu que la décision qui déclare la ville passible de la réparation du préjudice causé par sa faute trouve un fondement pleinement juridique, non dans le principe spécial de la garantie en matière de vente, puisque la vente était nulle, mais dans le principe général édicté par les articles 1382 et 1383 du Code civil ; que le Code civil, qui accorde des dommages-intérêts à l'acquéreur de bonne foi de la chose d'autrui dont il déclare la vente nulle, n'a point répudié les décisions des lois romaines qui, au cas de vente nulle aussi d'une chose hors du commerce, accordaient à l'acheteur de bonne foi l'action *utilis ex emto seu in factum, ut emtor consequeretur quod ejus interfuït ne deciperetur* ». On revenait ainsi à la théorie de la responsabilité délictuelle.

Decette analyse se dégage une sorte d'hésitation dans le choix à faire entre les articles 1626 et suivants,

1599, 1382 et suivants, qui ont été successivement appliqués aux trois degrés de juridiction ; elle tient à l'incertitude qui plane sur le caractère de la responsabilité édictée par l'article 1599. Si l'on admet avec nous que malgré la nullité de la vente de la chose d'autrui, la garantie demeure une obligation contractuelle, on est conduit nécessairement à étendre cet article à toutes les ventes nulles, en particulier aux ventes qui ont, comme dans l'espèce, un objet hors du commerce, sans se préoccuper du point de savoir si le vendeur en a ou non la propriété.

Nous venons d'étudier les conséquences de la nullité de la vente lorsque l'obligation du vendeur a un objet illégal ; mais elle peut provenir aussi de l'inexistence de l'obligation de l'acheteur. En effet, lors de la conclusion du contrat, le prix n'est pas toujours fixé d'une façon ferme et définitive ; si les parties ne s'accordent pas, elles confient à un tiers le soin de le déterminer, et la vente ne sera formée qu'après que les experts choisis par elles auront accompli leur mission. La désignation est faite parfois dans l'acte de vente lui-même, ce qui a l'avantage de ne pas scinder le contrat en deux conventions successives ; mais les parties sont libres de l'ajourner à une date ultérieure ; tant que la fixation n'a pas été opérée d'un commun accord, le contrat manque d'une des conditions essentielles à sa validité ; et l'on admet, par application de l'art. 1591, que l'intervention de la justice ne peut suppléer à la volonté des contractants, si elle n'en a pas reçu le mandat exprès (1). Si donc l'un d'eux se refuse à concourir à la désignation de l'expert, la vente est nulle ; mais l'autre n'aura-t-il pas

(1) Trib. St-Brieuc, 10 mai 1875 (S. 78, 2, 287).

droit à la réparation du préjudice causé par son abstention ? N'est-ce pas une conséquence directe de la force obligatoire des conventions légalement formées (art. 1134, al. 1) ?

Ainsi l'avait pensé le tribunal de commerce de Cognac, dans son jugement du 26 janvier 1877 (1) : cette règle, dit-il, est un principe « de morale et de sûreté commerciale et sociale » ; or le défendeur qui refuse d'indiquer son expert manque à une obligation de faire valable, dont l'inexécution, d'après l'article 1142, se résout en dommages-intérêts pour la partie créancière. Mais en appel, le défendeur fit observer que cette obligation de faire était une obligation sous condition purement potestative et par suite nulle (art. 1174) : en effet, la convention préliminaire par laquelle les parties s'engagent à soumettre la réglementation du prix à l'arbitrage d'un tiers est contractée sous la condition tacite qu'elles s'accorderont sur le choix de ce tiers ; or, s'obliger à s'accorder, c'est s'obliger si l'on veut, car l'une des parties a toujours la faculté d'écarter les propositions de l'autre par une dénégation, sous prétexte que l'arbitre qu'elle a choisi ne lui convient pas ; l'obligation naît du libre accord ; il en est la source, mais il ne saurait en être l'objet, car ces deux notions sont incompatibles, la première impliquant que l'on peut contraindre la volonté d'un individu, la seconde au contraire, que l'on doit respecter cette même volonté. Cette argumentation fut accueillie par la Cour de Bordeaux ; dans son arrêt du 6 février 1878, elle déclare « que le contrat est nul d'une manière absolue et n'a pu par suite créer entre les parties aucun lien de droit ; que la fixation du

(1) D., 79, 2, 38.

prix étant désormais impossible....., le vendeur....., quelque regrettable que soit d'ailleurs sa détermination au point de vue de l'équité, ne fait qu'user d'un droit rigoureux ».

La même doctrine est adoptée par un jugement du tribunal d'Autun, du 15 mars 1877, confirmé par un arrêt de la Cour de Dijon, du 15 décembre 1881 (1) : « Attendu, dit-il, que les dommages-intérêts sont une réparation civile qui n'est due qu'à raison d'engagements reconnus par la loi civile et ayant une existence légale ; que dans l'espèce, la promesse faite manquant de l'un des éléments constitutifs d'un contrat civil reste à l'état de projet auquel chacune des parties était libre de ne pas donner suite ; que d'ailleurs le non-usage d'une faculté ne peut donner lieu à des dommages-intérêts. »

Ces décisions, dont l'une contenait le propre aveu de son injustice, étaient contestables, même à l'aide des principes de la responsabilité délictuelle : sans doute, chacun de nous est libre de nouer ou de ne pas nouer des conventions, suivant la mesure de ses besoins et les exigences de ses intérêts, et le fait de s'abstenir de contracter rentre dans l'exercice d'un droit. Mais lorsqu'une personne a commencé d'entrer avec une autre en rapports contractuels, et que ces relations ont pris un caractère tel que les parties doivent être considérées comme ayant dépassé la période des simples pourparlers, lorsque la formation du contrat est, sinon définitive, au moins suffisamment avancée pour que l'une d'elles soit autorisée à croire à sa conclusion prochaine, il importe que l'autre n'ait pas la faculté de se retirer impunément

(1) S., 82, 2, 238.

sans motifs sérieux, ni même pour un motif que son imprévoyance originaire lui a empêché d'apercevoir ; car elle risquerait de détruire, par ce revirement soudain, les justes espérances de son cocontractant, qui auront parfois imprimé à la gestion de ses affaires une direction particulière. Dans ce cas, le retrait de l'engagement n'est plus l'exercice d'un droit, il devient une véritable faute.

Aussi, dans un arrêt du 15 février 1893 (1), la Cour de Dijon va-t-elle réformer sa propre jurisprudence et décider : « que si aucune action ne peut naître directement de l'inexécution du contrat, rien ne s'oppose à ce que des dommages-intérêts soient réclamés conformément aux dispositions de l'article 1382, lorsque l'une des parties justifie d'un dommage qui est résulté pour elle de l'erreur dans laquelle elle a été induite par la faute ou la mauvaise foi de l'autre partie. . . . ; que dès lors, s'il y a lieu de refuser à T. toute indemnité à titre de compensation des avantages qu'aurait dû lui procurer l'acquisition du fonds de commerce de G., il serait, d'autre part, contraire à l'équité de lui faire supporter le préjudice résultant pour lui de ce qu'il a cru à la parole de celui-ci et s'est fié à tort à son honnêteté. »

La Cour restreint donc la quotité de l'indemnité à la réparation du dommage matériel, qui dans l'espèce résultait des démarches faites en vue de l'acquisition d'un fonds de commerce : liquidation de l'ancien fonds appartenant au commerçant, publicité donnée à son départ. Or, pourquoi n'y pas comprendre aussi la réparation du dommage immatériel, résultant de ce que le contrat lui a fait manquer un autre marché

(1) S., 94, 2, 144.

avantageux (1)? L'omission de cet élément avait eu pour résultat d'accorder au demandeur une indemnité deux fois moindre que celle que lui avait allouée le Tribunal de commerce de Beaune. Son jugement du 17 mai 1892 (2) mérite de retenir notre attention, parce qu'il base la responsabilité du vendeur, non-seulement sur les articles 1382 et suivants, mais encore sur une obligation contractuelle à la charge du vendeur : « Considérant, dit-il, que l'accord existait sur la chose et sur la manière dont les marchandises seraient évaluées; que les parties, sur ce dernier point, étaient parfaitement d'avis de les faire expertiser; que, s'il est vrai que des conventions de cette nature sont très discutées au point de vue de la validité de la vente, il n'en est pas de même en ce qui touche les dommages-intérêts; que l'accord des volontés..... crée cependant une obligation qui, en tous cas, ne peut être rompue *a priori*, et avant qu'il soit prouvé l'impossibilité de se mettre d'accord sur le choix de l'expert. »

Ainsi, le Tribunal déclare valable l'obligation issue de la convention par laquelle les parties s'engagent à désigner de concert le tiers arbitre : je crois que c'est avec raison, et qu'il est inexact de la qualifier, comme le fait la jurisprudence antérieure, d'obligation sous condition purement potestative. Cette dernière est de la forme suivante : « Je m'oblige si je veux »; elle ne lie pas celui qui l'assume, car elle ne repose pas sur une volonté certaine, sa valeur dépendant uniquement du bon plaisir de celui qui l'a contractée.

(1) V. Saleilles : *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, 1893, p. 803 et s.

(2) *Gaz. Palais*, 93, 1, 260.

Or, il n'en est pas ainsi de l'obligation de concourir à la nomination d'un expert; l'arrêt de la Cour de Dijon fait remarquer, il est vrai, que « le Tribunal n'ayant pas qualité pour choisir lui-même en cas de désaccord, il dépend dans ces conditions de chacun des contractants d'empêcher la détermination du prix en refusant systématiquement d'accepter l'expert qui lui serait proposé » ; mais en cela précisément il contrevient à la loi du contrat, qui lui fait un devoir de s'abstenir de dol et de joindre ses efforts à ceux de son cocontractant pour arriver à la désignation de l'arbitre. La Cour le reconnaît elle-même, puisqu'elle rend le contractant responsable de l'inexécution de son engagement; or, il n'en serait pas ainsi s'il était soumis à une condition purement potestative, car le refus d'exécuter un pareil engagement n'est que l'exercice légitime d'un droit : telle serait l'obligation que les parties auraient contractée de fixer le prix à l'amiable; aucune ne se considérerait alors comme engagée, car cette fixation doit résulter de débats dont personne ne peut prévoir l'issue, chacune s'efforçant de donner satisfaction à ses intérêts personnels. Au contraire, lorsqu'elles s'en remettent à l'arbitrage d'un tiers, elles veulent prévenir ces discussions en acceptant sa décision par avance; dans leur pensée, la vente est près d'être conclue, et la nomination de l'expert n'est plus qu'un point accessoire sur lequel elles tomberont facilement d'accord par des concessions réciproques; donc, celle qui s'obstine à n'en pas faire, soit par dol, soit parce qu'elle regrette sa détermination première, manque à l'engagement qu'elle avait pris de prêter son concours à la formation du contrat; elle commet un dol ou une faute contractuels.

Faut-il en conclure, comme l'a décidé le Tribunal, que l'indemnité due à l'acheteur doit comprendre le préjudice souffert par « la privation des avantages qu'il aurait pu retirer de l'exécution de la vente » ? Cela semble difficile, puisque la vente est nulle pour défaut de prix. Le Tribunal paraît interpréter la convention comme une promesse de vente qui aurait créé l'obligation pour le vendeur de maintenir son offre jusqu'au délai fixé pour la prise de possession du fonds de commerce; en se rétractant avant cette date, il a manqué à sa promesse; mais il ne s'en suit pas que l'acheteur a droit à une indemnité représentative du gain que lui aurait rapporté le contrat, la promesse de vente étant nulle pour absence de détermination du prix. En réalité, le Tribunal a adopté un mode d'évaluation analogue à celui dont nous avons rencontré des exemples dans le Code civil, et qui a pour résultat d'élever le taux de l'indemnité due au contractant; dans l'espèce, l'exagération était moins apparente, parce que le vendeur s'était rendu coupable de dol. Mais elle paraîtra excessive, lorsque la partie n'a commis qu'une simple faute; car le bénéfice dont a été privé son cocontractant en manquant une opération dans sa croyance à la validité du contrat, peut être inférieur à celui qu'il aurait réalisé si ce contrat n'avait pas été nul. Ce dernier doit donc, en principe, ne pas entrer en ligne de compte dans le calcul de l'indemnité : c'est ce que décident les Tribunaux en matière de fiançailles.

Une évolution semblable à celle que nous venons de décrire s'est accomplie dans la jurisprudence relative à la rupture des promesses de mariage; le rapprochement entre les deux hypothèses sera d'autant plus intéressant qu'elles sont plus différentes.

Le fiancé qui rompt sa promesse sans motif légitime, est responsable du préjudice matériel et moral occasionné à l'autre par la rupture : le premier de ces éléments comprend les dépenses de toute nature faites en vue du mariage projeté, et spécialement l'achat des cadeaux offerts sous la condition que ce mariage aboutisse ; le second consiste dans l'atteinte portée à la réputation du fiancé délaissé : quelle est la base juridique de cette responsabilité ?

A l'origine, la jurisprudence fut hésitante (1) ; certaines de ses décisions fondent l'obligation d'indemnité sur l'article 1382 ; mais le plus grand nombre invoquent l'article 1142. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Trèves, du 5 février 1808, s'exprime en ces termes : « Considérant que cette convention préliminaire existe sous le Code civil, aussi bien qu'elle existait dans les anciennes lois, et doit produire les mêmes effets, puisqu'elle forme un contrat synallagmatique obligatoire qui contient l'engagement de faire ». Un arrêt de la Cour de Nîmes, du 6 août 1806, va même jusqu'à dire que le principe des dommages-intérêts pour inexécution des contrats « doit être surtout observé en matière de promesse de mariage, où les infractions de cette nature ont d'ordinaire des conséquences plus fâcheuses ». Cette doctrine, qui consacrait un principe aussi général, sans lui apporter la moindre exception, était nécessairement partielle ; car si elle venait en aide au fiancé déçu par la rupture, elle ne protégeait nullement celui qui jugeait utile de se retirer après un certain temps de préparation à la vie commune. Or le législateur a voulu, au contraire, que les époux aient toute la liberté dési-

(1) Dalloz : *Répert.*, v° *Mariage*, t. 31, n° 82 et 83.

nable, dans le consentement qu'ils sont appelés à donner au mariage, parce que c'est un contrat d'une nature toute spéciale, dans lequel les convenances personnelles jouent un rôle prépondérant; la simple promesse de mariage n'est pas obligatoire, et le consentement n'a de valeur légale que s'il est donné devant l'officier de l'état civil (art. 180); dans l'intervalle de ces deux actes, le contractant peut donc retirer sa parole.

Aussi, un arrêt de la Cour de Gand, du 19 juin 1835, s'inspirant de ces idées, écartait toute allocation d'indemnité, « attendu qu'en droit, l'effet direct de pareilles promesses est nécessairement l'obligation en vertu de laquelle l'une des parties devrait pouvoir contraindre l'autre à contracter malgré elle le mariage projeté, et que cette obligation étant nulle ne saurait produire un effet quelconque en cas d'inexécution, ce qui est d'autant plus juste que celui qui se rétracte ne fait qu'user de son droit ». C'était tomber dans l'extrême inverse du précédent : sans doute, le contrat de fiançailles n'est pas obligatoire; mais ce n'est pas une raison pour accorder aux fiancés la faculté de faire une promesse de mariage qu'ils rompent ensuite à leur guise, sans cause avouable; l'ordre social serait gravement compromis, si le sort de l'institution qui en est le pivot était ainsi abandonné à la légèreté des individus; il est donc juste que celui qui se retire capricieusement paye à l'autre une indemnité, pourvu que le chiffre en soit modéré, et qu'elle ne devienne pas un moyen de contrainte indirecte au mariage.

L'existence de ce tempérament à la liberté a été reconnue par un arrêt de la Cour de cassation (Ch. civile), du 30 mai 1838, qui a fixé la jurisprudence,

en décidant « que l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé (1) ». En d'autres termes, le contractant est responsable, lorsqu'il a commis une faute tombant sous le coup de l'article 1382, c'est-à-dire lorsque sa rétractation est sans fondement, et l'origine délictuelle de cette responsabilité est généralement admise en doctrine.

M. Colin (2) a été plus loin, et a soutenu qu'elle avait aussi ce caractère dans l'ancien droit : la preuve en est, dit-il, dans le critérium de l'évaluation des dommages-intérêts qui, au temps de Pothier comme aujourd'hui, ont pour objet les dépenses et la perte de temps causées par les recherches de mariage, et l'affront souffert par la partie, « dans le cas auquel il y aurait lieu de craindre qu'il ne pût nuire à son établissement avec quelque autre (3) ».

Elle résulte, en outre, de la procédure que devaient suivre les parties. Deux juridictions sont appelées à statuer sur le refus par l'un des fiancés d'exécuter son engagement : la juridiction ecclésiastique, en raison du caractère religieux du mariage élevé à la dignité de sacrement, et la juridiction civile, parce que les fiançailles sont un contrat. L'official ou juge ecclésiastique examine si la promesse a été valablement contractée; dans ce cas, il invite la partie récalcitrante à l'accomplir; si elle persiste dans son refus,

(1) *Addé* : Cass. req., 16 janv. 1877 (S., 77, 1, 165 : rapp. du cons. Onofrio); Dijon, 10 fév. et 27 mai 1892 (S., 92, 2, 197); Orléans, 12 janv. 93 (S., 93, 2, 267); Paris, 26 juin 1894 (S., 94, 2, 264); trib. Charleville, 8 fév. 1900 (Gaz. Pal., 17 mai 1900).

(2) *Des Fiançailles et prom. de mariage*, Thèse, Paris 1887, p. 178 et s.

(3) *Du contrat de mariage*, n° 52.

il prononce la dissolution des fiançailles et lui impose une légère pénitence, consistant dans quelques prières ou aumônes ; puis il renvoie les parties devant le juge civil, qui statue sur les dommages-intérêts dus au fiancé délaissé : les tribunaux ne pouvaient donc se référer à l'idée d'inexécution du contrat, puisqu'il était dissous, mais ils voyaient dans le préjudice causé la conséquence d'un délit civil.

A notre avis, la décision de l'official n'avait pas pour résultat de faire disparaître rétroactivement le contrat : sans doute, aux yeux de la loi canonique, le contrat pouvait être considéré comme ayant perdu son existence, car le fiancé infidèle ne devait plus être contraint indirectement à l'exécution de sa promesse, comme il l'était autrefois par la censure ecclésiastique. Mais il faut remarquer en premier lieu : que la sentence du juge ecclésiastique ne formait pas un préjugé devant le tribunal séculier ; la question de validité des fiançailles y était examinée à nouveau ; en second lieu : que si l'indemnité allouée par le juge civil ne représentait pas l'intérêt d'exécution, elle n'en avait pas moins une origine contractuelle clairement indiquée par Pothier (1) : « Lorsque le juge, dit-il, trouve l'engagement valable, il condamne la partie qui refuse de l'accomplir à une somme à laquelle il arbitre les dommages-intérêts dus à l'autre partie pour inexécution de l'engagement ». La prononciation de la dissolution par l'official signifiait donc simplement que le fiancé infidèle ne devait plus être contraint indirectement à l'exécution de sa promesse par les moyens employés autrefois dans ce but,

(1) *Op. cit.*, n° 48. — V. autres citations dans : Dubois, thèse, Rennes 1897, p. 116.

tels que la censure, l'excommunication et même la prison ; aux yeux de la loi ecclésiastique, le contrat était comme inexistant.

Mais, aux yeux de la loi civile, il conservait une force suffisante pour engendrer une obligation à des dommages-intérêts, qui avaient le caractère d'une indemnité due pour résolution du contrat ; les causes légitimes de rupture étaient alors limitativement déterminées, car l'engagement était valable en principe. Aujourd'hui, il n'a plus que la valeur d'un engagement d'honneur ; aussi la rupture est-elle en principe toujours permise ; en ce sens, on peut dire que la promesse de mariage est nulle. Néanmoins elle existe dans le domaine des faits comme une convention qui, si elle n'oblige plus à contracter mariage, contient l'engagement réciproque des fiancés de s'abstenir de faute dans les préliminaires de l'union qu'ils recherchent ; l'indemnité due au cas de rétractation fautive continue donc d'avoir, comme par le passé, une origine contractuelle, malgré la nullité de la promesse.

En résumé, le contrat de fiançailles, valable dans le droit canonique originaire, a subi, dans son efficacité, deux amoindrissements successifs : dans l'ancien droit, il était résoluble au gré de l'une ou l'autre des parties, sauf obligation pour elle de réparer le préjudice causé ; dans le droit actuel, chacune peut retirer librement sa parole, sauf obligation d'indemniser l'autre du dommage souffert par un retrait injuste. Voyons les conséquences qui en dérivent.

L'obligation étant contractuelle, c'est au fiancé qui se retire à établir que son inexécution ne provient pas de sa faute, c'est-à-dire que son retrait est basé sur un juste motif : l'application de l'article 1382 conduit à renverser les rôles et à imposer la preuve de cette

faute à l'autre partie qui le plus souvent ne pourra s'en acquitter. M. Huc (*Code civil*, III, p. 15) s'élève contre cette nécessité d'avouer le motif de la rupture pour se disculper; le fiancé seul, dit-il, est à même de l'apprécier: quant aux juges, on n'a qu'à leur faire la réponse du Romain blâmé de répudier une femme irréprochable: « Moi seul puis savoir où mon soulier me blesse ». N'est-ce pas oublier que le mariage intéressant au plus haut degré la société, la liberté donnée au fiancé ne doit pas dégénérer en abus sous peine de devenir une cause de trouble profond pour le repos des familles, que par suite le juge est autorisé à s'enquérir des mobiles de sa conduite, au nom de cette considération d'intérêt supérieur? D'ailleurs, il n'aura pas à pénétrer bien avant dans cette recherche des intentions, car la jurisprudence incline à se montrer assez large dans la recevabilité des motifs de dédit, parmi lesquels elle fait rentrer des raisons d'intérêt purement pécuniaire (1).

Une seconde conséquence est relative au calcul de l'indemnité: la réparation du préjudice matériel s'étend à toutes les dépenses que nécessite le projet de mariage (2) (frais de demandes de dispense, de

(1) Alger, 16 novembre 1894 (S., 95, 2, 230): refus d'exécution de l'engagement pris par le père de la fille de lui constituer une dot. — Changement survenu dans la fortune de l'un des époux: Demolombe: III, n° 28. — Mais si des titres ayant été promis en dot par le père de la fille, le jeune homme apprend qu'ils sont en dépôt dans la caisse d'un banquier d'où on ne peut les retirer qu'en versant un cautionnement, le retrait de la promesse de mariage n'est pas justifié s'ils sont libres au jour de la célébration: Lyon, 5 juillet 1892 (Gaz. Pal., 92, 2, 204); il y a de sa part, sinon de la légèreté, au moins un emportement ou une susceptibilité excessive.

(2) Ne rentrent pas dans cette catégorie les dépenses qui se rattachent plus ou moins indirectement au projet de mariage:

publications, de contrat, etc.) et à celles qui sont motivées par l'espérance de son exécution (location et ameublement d'un appartement, abandon d'une position, renonciation à un avantage acquis, etc.) (1); ces dernières ne sont pas remboursables si elles ont été faites trop précipitamment, car le demandeur est alors en faute. Comme on le voit, dans cette première fraction de l'indemnité rentrent le dommage matériel et le gain manqué par suite de la conclusion du contrat. Mais elle ne comprend pas les profits pécuniaires qu'il aurait fournis : d'abord ils ne font pas partie de l'indemnité pour nullité de contrat; ensuite, même dans l'ancien droit où elle était due pour résolution du contrat, cet élément en était exclu avec raison, car la privation de ces bénéfices ne constitue pas ici un dommage : le contrat de mariage, union avant tout désintéressée, ne tend pas, à la différence des autres conventions, à la recherche d'une spéculation avantageuse. C'est donc à tort que M. Colin a voulu tirer argument de cette particularité en faveur de son opinion sur l'origine délictuelle de la responsabilité.

La réparation du préjudice moral avait été autrefois écartée par les tribunaux, sans doute parce que la perte de considération qui en est le résultat étant inappréciable en argent, l'indemnité allouée aura forcément un caractère arbitraire; mais depuis lors, on a fait justice de cette objection; s'il est impossible d'évaluer le préjudice moral de la même manière

frais de voyage, d'hôtel, achats de bonbons et de fleurs à la fiancée, de toilettes aux parents : Alger, 9 avril 1893 (S., 96, 2, 79).

(1) Cession faite par un individu à son cohéritier, sur les instances de son fiancé, de sa part de succession : Lyon, 14 décembre 1832 (D., 34, 2, 10).— Abandon d'un commerce fructueux : Dijon, 10 fév. et 27 mai 1892 (S., 92, 2, 197).

que le préjudice matériel, ce n'est pas une raison pour refuser au fiancé toute indemnité de ce chef. Il faut remarquer en effet qu'elle a un caractère tout particulier : puisqu'un tel dommage n'est pas susceptible de disparaître par une compensation pécuniaire, qui ne saurait certes atténuer en rien la gravité des atteintes portées à la personnalité morale, la somme allouée de ce chef ressemble plutôt à une sorte de peine privée, édictée dans l'intérêt de la victime, qu'à une véritable indemnité destinée à combler la brèche produite dans son patrimoine par un délit. Elle a donc le caractère d'une composition évaluée à forfait, semblable à ce que furent originairement les indemnités délictuelles, qui ne visaient pas alors à la réparation du préjudice ; mais elles n'étaient pas pour autant arbitraires ; elles étaient fixées suivant des règles assez précises : cette remarque suffit à écarter la critique qu'on serait aujourd'hui tenté de leur adresser à cet égard ; dans le droit moderne comme dans le droit ancien, elles seront établies, non pas d'après une mesure arbitraire, mais en tenant compte de certains éléments, parmi lesquels entreront en ligne la condition sociale des parties en cause et le sexe de la personne lésée.

En résumé, dans l'hypothèse spéciale qui nous occupe, je comparerais volontiers notre action en dommages-intérêts à celles que le droit romain qualifiait d'actions *tam pænæ quam rei persequendæ gratia*, dont le but est de faire obtenir à la victime de la faute une peine s'ajoutant à la réparation du préjudice subi.

De l'origine contractuelle que nous avons assignée à l'indemnité, il semble découler la conséquence suivante : elle pourra être fixée à l'avance par le com-

mun accord des contractants, puisque l'article 1227, al. 1, valide la clause pénale destinée à garantir l'exécution d'une obligation contractuelle valable. A cette solution, les auteurs objectent que, la promesse de mariage étant nulle, l'obligation accessoire contenue dans la clause pénale l'est par identité de motifs, c'est-à-dire parce qu'elle altérerait la liberté du consentement exigé par la loi dans l'acte le plus important de la vie humaine. Mais dans notre théorie, cette objection ne porte pas; car si nous avons reconnu la nullité de la promesse en ce sens qu'elle n'engendre plus d'obligation au mariage, nous avons admis que par leur caractère de préparation sérieuse à l'union projetée, les fiançailles contenaient au moins l'engagement de s'abstenir de faute dans la rétractation qui suit ce temps d'épreuve. — Il ne s'agit donc pas d'estimer le préjudice résultant de l'inexécution par l'une des parties de l'obligation normale issue de sa promesse : cette obligation est aujourd'hui sans valeur; d'ailleurs fût-elle valable, l'évaluation ne se concevrait pas, car la prestation a pour objet l'union de deux personnes, c'est-à-dire l'accomplissement d'un fait qui ne saurait être converti en argent; aussi le droit canonique, qui sanctionnait cependant la promesse par des mesures de coercition indirecte, repoussait la validité de la clause pénale (1).

Il s'agit d'estimer le dommage dont nous avons déterminé les deux éléments : perte matérielle et gain manqué par suite de ce que l'on s'est prêté à la formation d'une union dont on espérait la réalisation. Or il n'y a aucun obstacle à la possibilité de cette appréciation : aussi dans l'ancien droit, divers arrêts

(1) Dubois : *op. cit.*, p. 57 et s.

des Parlements avaient admis la validité de la stipulation d'une certaine somme à payer au cas de rupture, pourvu qu'elle ne fût pas excessive et ne dégénérât pas en contrainte (1); comme l'indemnité est aujourd'hui fixée d'après des règles identiques à celles qui prévalaient alors, il semble que l'emploi de ce procédé ne devrait pas être interdit aux parties.

Néanmoins nous le repoussons, conformément à la doctrine et à la jurisprudence actuelles (2), mais pour une autre raison : le juge n'ayant plus comme autrefois le pouvoir de restreindre la somme stipulée dans la clause pénale, il serait à craindre qu'elle ne devînt exorbitante et attentatoire à la liberté du consentement; on a bien répondu (3) que l'excès de la peine serait un indice de séduction susceptible de faire prononcer la nullité de la promesse; mais un indice n'est pas une preuve complète; et je crois qu'une telle allégation serait difficilement recevable, car c'est aux futurs à se mettre en garde contre leurs surprises réciproques, sans avoir besoin du secours de la justice.

Une troisième conséquence est relative à la preuve de la promesse; si la rupture est un délit, elle se fera par témoins, même si l'intérêt dépasse cent cinquante francs (art. 1348-1^o), et en fait il dépassera cette somme presque toujours. On se montrerait ainsi

(1) Colin : *op. cit.*, p. 151 et s.; Merlin : *Répert.*, v^o, *Peine contract.*, § 7.

(2) Cass., 7 mai 1836 (D., v^o *Mariage*, n^o 90-3^o) : clause dissimulée dans un billet causé pour prêt; Nîmes, 25 janv. 1839 (S., 39, 2, 177) : dissimul. dans un c. de mariage sous forme de reconnaissance de dot.

(3) Toullier : *Oblig.*, VI, n^o 301; cf. Toulouse, 8 mars 1827 : D. R., v^o *Mariage*, n^o 83.

moins rigoureux que l'ancien droit, qui exigeait une preuve écrite; d'ailleurs, la preuve testimoniale ne présenterait pas des garanties suffisantes dans une matière où, plus que partout ailleurs, il importe de prémunir les parties contre l'incertitude et le scandale de certains témoignages. Cet inconvénient ne se produit pas dans notre système, car l'obligation née de la promesse étant contractuelle, il est possible au créancier de s'en procurer une preuve littérale; telle est la solution contenue dans l'article 54 du Code civil italien qui exige la constatation de la promesse par acte public ou sous seing privé, si elle n'a pas encore été publiée par l'officier de l'état civil (1). Nous croyons que notre Code étant muet sur la question, il importe d'ajouter à ces modes le commencement de preuve par écrit, qui résultera le plus souvent des lettres échangées entre fiancés; en effet, l'admission de ce moyen n'est que l'application des principes généraux (art. 1347).

Enfin, une quatrième conséquence concerne la capacité de la personne responsable; mais nous préférons en renvoyer l'examen à la suite de l'exposé que nous allons faire des règles relatives à la combinaison de l'incapacité et de la responsabilité.

(1) En ce sens : Paris, 13 janv. 1863 (S., 63, 2, 6); *contra* Cass., 26 juillet 1864 (S., 63, 1, 33); Dubois : *op. cit.*, p. 178 et s., 181, n. 1; trib. Loudun, 7 déc. 1883 : Gaz. Palais, 84, 1, 74.

SECTION II

Contrats passés par les incapables.

Les personnes incapables d'assumer une obligation contractuelle sont irresponsables de son inexécution : la généralité de ce principe a été cependant contestée. D'après une théorie soutenue par M. Deschamps (1), les seules fautes contractuelles sont celles qui consistent dans une omission, c'est-à-dire les fautes négatives, commises dans l'inexécution d'une obligation de faire, parce que les obligations de ce genre découlent nécessairement du contrat ; quant aux fautes actives, commises dans l'inexécution d'une obligation de ne pas faire, ce sont des fautes délictuelles, car elles tombent sous le coup de la loi commune qui nous prescrit de ne pas nuire à autrui par nos actes délictueux ; il est donc inutile que cette abstention nous soit imposée par une convention particulière. De ces dernières, l'incapable sera responsable malgré l'annulation du contrat, parce qu'elles sont la violation d'obligations qui dérivent, non de la convention, mais de la loi (art. 1310). Envisagée, soit au point de vue pratique, soit au point de vue théorique, cette thèse nous semble contestable.

Pratiquement, elle conduit à un résultat qui n'est pas sans blesser la morale. Supposons, pour simplifier la question, que le dol ou la faute aient été commis, non pas dans la formation, mais dans l'exécution d'un contrat réunissant toutes les conditions de vali-

(1) *Op. cit.*, p. 70 et s.

dité autres que la capacité. Exemple : un incapable brise par imprudence l'objet qui lui a été prêté ; on le déclare responsable : si au contraire un tiers s'apprête à le briser sous les yeux de l'incapable, qui s'abstient frauduleusement de prendre les mesures de précaution les plus élémentaires pour éviter ce malheur, on le rend irresponsable. M. Deschamps répond que si la morale exige la répression du dol sous ses deux formes, active et négative, le jurisconsulte ne peut admettre une solution contraire au droit. Il faut écarter cette opposition que l'on prétend établir entre le droit et la morale : l'incapacité est en effet une mesure exceptionnelle, reposant sur des considérations de justice supérieure qui en déterminent la portée.

Théoriquement, le système restreint le domaine d'application de la responsabilité contractuelle en deçà de ses limites naturelles : pourquoi ne pas l'étendre à toutes les fautes, quelle que soit la nature des obligations dont elles sont la violation ? Sans doute, parmi celles-ci, il y en a qui ne diffèrent pas des obligations générales réglant notre conduite au sein du corps social ; mais cette coïncidence ne supprime pas leur caractère contractuel, car l'activité qu'elles ont pour but de régler a sa source au moins indirecte dans le contrat qui a contribué à la mettre en mouvement. Ainsi, le commodataire est tenu, comme tout autre individu étranger au contrat, de ne pas endommager la chose du propriétaire ; mais les parties ont voulu donner à cette obligation plus de rigueur encore, en la faisant rentrer dans leurs engagements personnels, parce qu'elles ont pensé que l'imprudence était de nature à se produire plus fréquemment qu'en l'absence de toutes relations

contractuelles. Mais c'est la raison qui, en sens inverse, tend à diminuer la responsabilité de l'incapable, car il doit être mis en garde, à cause de sa condition digne d'intérêt, contre l'accroissement des chances de détérioration résultant de sa situation par rapport à l'objet prêté.

Est-ce à dire qu'il soit irresponsable de toutes les fautes contractuelles? Non, car l'incapacité ne s'étend pas à tous les engagements issus de la convention; elle trouve sa limitation dans le but que la loi lui assigne.

Le plus souvent, c'est un but de protection contre l'inexpérience de certaines personnes; on conçoit donc, si elles sont *doli capaces*, qu'elles s'obligent valablement à ne pas commettre de dol envers leur cocontractant, car l'inexécution d'un semblable engagement est la manifestation d'une volonté malhonnête, qui ne mérite plus la protection due à la faiblesse. Au contraire, elles ne peuvent contracter l'obligation de s'abstenir de faute, car le législateur a voulu préserver leurs intérêts pécuniaires des conséquences produites par l'inexécution de cet engagement : qu'importe alors que la faute soit active ou négative, puisque dans les deux cas elle constitue l'inexécution d'une obligation tacitement contenue dans le contrat, et présentant toujours les mêmes dangers pour l'incapable?

A la formule de M. Deschamps : l'incapable est responsable de son activité, mais non de son inaction, nous proposons de substituer la suivante : l'incapable est responsable de son dol, mais non de sa faute (1).

(1) Les textes romains que M. Deschamps invoque à l'appui de son système ne sont pas parfaitement probants : la loi 9 § 2,

Si l'incapacité a été établie comme mesure de défiance, par exemple pour empêcher l'incapable de se procurer des ressources, le motif qui l'a dictée a pour résultat d'obliger les contractants à la restitution des prestations qui ont été versées ; mais il ne s'oppose pas à ce que l'incapable s'engage à répondre de sa faute, au même titre qu'une personne capable. Nous allons faire application de ces idées.

1^o *Dol*. — Une femme mariée sous le régime dotal avait acheté un certain nombre de têtes de bétail, qui lui furent livrées immédiatement moyennant un prix à fixer par l'estimation d'un expert ; elle rendit l'expertise impossible par des manœuvres frauduleuses, entre autres par la vente des bestiaux qui lui avaient été confiés : était-elle responsable de son dol sur ses biens dotaux ? Dans le système de M. Deschamps, l'affirmative ne fait aucun doute, la femme ayant commis un dol actif. Dans le nôtre, elle n'en fait pas davantage : si la vente ne s'est pas formée pour défaut de fixation du prix, il y a eu un dépôt

Dig. 4-4, paraît ne viser que le dol du mineur : cf. l. 49, 44-7. — V. en sens contraire l'interprétation de Domat : *Lois civiles*, I, iv, tit. 6, sect. 2, n^o 11.

D'autre part, si la loi l. § 2, 13-6, refuse l'action du commodat contre l'impubère qui a commis un dol dans l'exécution du contrat conclu sans l'*auctoritas* de son tuteur, la loi l. 1, § 15, 16-3, accorde l'action du dépôt contre le pupille qui s'est rendu coupable de dol dans l'exécution du contrat passé dans les mêmes conditions. — En outre, ce texte et la l. 3, 13-6, donnent l'action du contrat pour obtenir la répétition de l'enrichissement qu'il a procuré à l'incapable.

Enfin les textes de l'ancien droit ne visent en général que le cas de dol ; v. Berthou de Fromenthal : *Décis. du Dr. civ., canon. et franç.*, v^o *Mineur* ; Denizart : v^o *Stellionat*, n^o 14 ; Raviot : *Arrêts du Parlem. de Dijon*, quest. 246, n^o 13.

dont la violation, par la disposition de la chose déposée, rend la femme responsable même sur ses biens dotaux ; l'incapacité réelle établie par le régime dotal ne saurait protéger la femme contre son dol contractuel. Quant à ceux qui déclarent l'incapable irresponsable de toute faute contractuelle, leur opinion conduit à exonérer les biens dotaux des conséquences de la responsabilité du dol.

Néanmoins, M. Labbé ne l'admet pas lorsque le dol commis dans l'exécution du contrat constitue un fait puni par la loi pénale. Dans l'espèce, dit-il, il y avait abus de confiance : s'il n'était pas prémédité, il manifeste de la part de son auteur, non seulement la volonté de ne pas exécuter le contrat, mais encore une volonté nouvelle, celle de s'approprier la valeur de la chose par une disposition illicite, c'est-à-dire de commettre un délit qui engendre l'obligation de réparer le préjudice causé : mais alors, la logique ne commanderait-elle pas d'étendre cette distinction de deux volontés qui n'en font qu'une à tout fait actif, qu'il soit un délit pénal ou un simple délit civil ? Lorsque l'abus de confiance a été prémédité, l'indépendance du délit et du contrat, d'après M. Labbé, est encore plus accentuée, car le contrat cesse d'être l'acte principal pour ne devenir qu'un acte subordonné au délit dont il est destiné à faciliter l'accomplissement : sans doute, l'incapable a trouvé dans le dépôt le moyen de mettre son projet à exécution ; mais précisément, en faisant de ce contrat l'acte préparatoire d'un délit pénal, il a violé d'une façon plus audacieuse encore l'obligation que la convention renferme de s'abstenir de dol, sous quelque forme qu'il se réalise, détérioration ou détournement ; il a donc manqué à la bonne foi qui régit les relations contractuelles.

En résumé, prémédité ou non, l'abus de confiance est un dol contractuel : qu'importe qu'il soit réprimé pénalement? Tous les délits civils ne sont pas des délits pénaux, parce que tous n'intéressent pas au même degré l'ordre social : qu'y a-t-il donc d'étonnant qu'un dol ou une faute contractuelle tombe sous l'application de la loi pénale, si l'intérêt social l'exige? Mais l'incapable est responsable de son dol, malgré ce caractère contractuel (1).

La Cour d'Orléans, dans son arrêt du 13 mars 1884, arrive à la même solution par un raisonnement différent. Pour la comprendre, il faut la rapprocher d'une décision rendue par elle dans une autre espèce qui lui était soumise avec la précédente, et où les mêmes parties étaient en cause. C'est la femme qui, cette fois, avait vendu des bestiaux moyennant un prix à évaluer par experts; l'estimation faite, elle se refusa à la livraison; ce refus n'était pas, comme il l'eût été pour un autre incapable, l'exercice d'un droit; le régime dotal ne la rend pas, en effet, incapable de contracter; il empêche simplement que ses biens dotaux ne soient affectés à l'exécution des obligations issues du contrat. Le refus d'exécution était donc un dol contractuel, et la Cour en avait conclu, à tort selon nous, que la femme n'en était pas responsable sur ses biens dotaux.

Cette décision explique la seconde : dans la première espèce, la Cour reconnaît le caractère contractuel du dol, parce qu'il a été commis dans l'exécution d'un contrat de vente réunissant les conditions nécessaires à son existence. Dans l'autre, au contraire, la détermination du prix n'ayant pas eu lieu, le marché n'a

(1) V. note Labbé : S., 86, 1, 1.

que « l'apparence d'un contrat », et, en l'absence d'une convention existante, le dol est un délit dont la réparation peut être poursuivie sur les biens dotaux. Mais ce raisonnement était inexact dans l'espèce : si la vente ne s'était pas formée faute de prix, la femme conservait sa qualité de dépositaire, donc de contractante, et la Cour, pour être logique avec elle-même, aurait dû l'exonérer de la responsabilité de son dol, parce que c'était un dol contractuel. Toutes ces contradictions disparaissent dans notre théorie : la femme étant dépositaire, nous la rendons responsable de son dol contractuel, commis dans l'exécution des obligations nées du dépôt. Et même en l'absence de ce contrat, nous la déclarons responsable du dol commis dans la formation de la vente nulle pour défaut de prix, et auquel nous assignons également un caractère contractuel.

2° *Faute*.— L'incapable est irresponsable de la faute commise dans l'exécution du contrat. Il peut se faire qu'elle constitue un délit pénal : ainsi un incapable effectuant un transport de voyageurs commet un homicide par imprudence; il sera responsable, non pas civilement, mais pénalement, s'il est majeur au point de vue de la loi pénale. Nous venons de voir qu'au contraire, si le délit implique l'existence d'un dol, l'incapable encourt la répression pénale et est soumis en même temps à l'obligation civile de réparer le préjudice causé; mais cette différence ne saurait nous étonner. En effet, la loi civile, en présence de deux intérêts individuels en conflit, sacrifie celui qui lui paraît le moins digne de protection : c'est pourquoi l'incapable est irresponsable de sa faute contractuelle, et non de son dol; de même il est respon-

sable de sa faute délictuelle, parce que celui qu'elle atteint n'a pu s'en préserver. Mais la loi pénale a pour but de satisfaire l'intérêt social, devant lequel doit s'effacer la protection des intérêts pécuniaires qui ne sauraient d'ailleurs souffrir de l'application d'une peine; on comprend donc que si l'infraction est en même temps une faute contractuelle, l'incapable soit soumis à l'action publique, mais non à l'action privée de la victime du dommage ou de ses héritiers.

La faute commise dans la formation du contrat étant une faute contractuelle, l'incapable en sera également irresponsable.

Cette solution s'applique d'abord à la faute spéciale à l'incapable, celle qui consiste à induire en erreur son cocontractant sur sa véritable condition, soit par son silence, soit par une réponse affirmative donnée de bonne foi à la question de capacité. Ihering (1) a contesté ce résultat qui pourtant découle logiquement de sa théorie : l'action du contrat, dit-il, est refusée contre l'incapable quant à son exécution; mais il ne s'en suit pas qu'elle ne puisse être exercée contre lui pour le rendre responsable de sa nullité. Nous avons admis, nous aussi, que l'incapacité qui se réfère à l'exécution de la convention ne s'étend pas forcément à tous les engagements contractuels; mais l'engagement de répondre de toute imprudence commise dans sa formation est précisément un de ceux contre lesquels doit être protégé l'incapable, parce que ses conséquences sont de nature à nuire à ses intérêts.

Le principe s'applique en outre à toute faute de l'incapable qui a introduit dans le contrat une cause de nullité autre que l'incapacité; le mineur ne sera

(1) *Op. cit.*, p. 51 et s.

donc pas responsable d'une rupture de fiançailles, s'il n'a pas été autorisé des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité de son mariage (art. 148 et s.) : c'est la solution consacrée par l'article 54 du Code civil italien qui contient aussi l'exigence d'une preuve écrite. M. Laurent (1) déclare que cette double condition de recevabilité de l'action en dommages-intérêts est incompréhensible dans une législation qui ne reconnaît pas la validité des promesses de mariage; cette critique est écartée par notre système qui, malgré leur nullité, leur attache une certaine efficacité.

Les principes de la responsabilité délictuelle conduiraient à un semblable résultat si l'on reconnaissait au majeur lui-même le droit de révoquer son consentement parce que ses parents s'opposent à la célébration du mariage. Mais nous ne croyons pas que ce simple refus non motivé suffise à l'exonérer de toute responsabilité; sans doute, le législateur a placé la création d'une nouvelle famille sous l'égide des personnes qui ont le plus grand intérêt à en assurer la prospérité; dans ce but il les a investies du droit de faire opposition à l'union qu'elles jugent mal assortie (art. 172 et s.), et la conduite du fiancé qui, en présence du refus de ses parents, rétracte son consentement, de manière à prévenir l'exercice de ce droit, toujours regrettable par la division qu'il sème entre deux familles alliées, ne sera souvent que l'accomplissement d'un devoir d'obéissance.

Seulement il faut que cette rétractation soit appuyée sur un fait qui aurait empêché l'échange des promesses s'il se fût révélé plus tôt. L'opposant, lui, n'est

(1) Avant-projet de révision du Code belge, I, p. 325 et s.

pas obligé de donner les motifs de sa détermination, car elle est l'exercice d'un droit « que la loi confère au père de famille pour qu'il en use jusqu'à la célébration du mariage, discrétionnairement, librement et sans contrôle » (1); l'abus de ce droit « ne saurait résulter que de circonstances extérieures, étrangères à l'usage du droit lui-même », par exemple d'une calomnie dirigée contre le fiancé de son enfant. Ce cas mis à part, il est irresponsable, même, à notre avis, si la promesse est intervenue entre les parents des enfants, car le refus de faire valoir les raisons qui motivent le retrait de son consentement rentre dans l'exercice légitime de son droit d'opposition qui est absolu; il peut à plus forte raison retirer son consentement à l'union projetée entre les fiancés, et qu'il avait simplement approuvée.

Mais le fiancé n'a pas une liberté d'appréciation aussi étendue (2); il doit faire connaître la juste cause de dédit qui légitime l'opposition de sa famille, et qu'elle n'hésitera sans doute pas à lui apprendre si elle repose sur un motif sérieux.

Néanmoins, en ce qui concerne le mineur, je crois que le défaut d'autorisation suffirait à le rendre irresponsable d'une rupture, parce qu'il est un empêchement à la célébration du mariage, et qu'en négligeant de demander cette autorisation, la famille de son fiancé paraît avoir abusé de sa faiblesse et de son inexpérience; mais aussi, ce motif ne semble acceptable que si l'on reconnaît le caractère contractuel de la responsabilité.

La jurisprudence est parvenue à dégager ce carac-

(1) Alger, 9 avril 1895 (S., 96, 2, 79).

(2) *Contra*, Limoges, 20 déc. 1859 (D., 60, 5, 304).

tère dans une hypothèse qui a trait, il est vrai, non pas à un cas de nullité, mais à un cas très voisin de résolution. Lorsque le contractant est incapable de s'obliger à l'exécution du contrat, le refus d'exécuter n'est que l'exercice d'un droit, et la résolution qui en est la conséquence ne donne pas lieu à réparation. Mais il en est autrement lorsque l'incapacité est simplement réelle, c'est-à-dire lorsque l'incapable s'oblige valablement, mais ne peut affecter à l'exécution de ses obligations une catégorie déterminée de ses biens : nous faisons allusion à l'incapacité de la femme dotale; comme elle est capable de contracter, elle est responsable de la résolution de ses contrats pour défaut d'exécution; il s'agit de savoir si la réparation du préjudice causé par la résolution peut être poursuivie même sur ses biens dotaux. L'hypothèse la plus pratique est celle de folle enchère.

La question se présenta pour la première fois devant le tribunal de Lombez, le 24 décembre 1846 (1) : dans l'ordre ouvert après la revente des biens d'un mari à la folle enchère de sa femme, l'un de ses créanciers, qui s'était rendu adjudicataire, obtint contre la femme un bordereau de collocation pour une somme égale à la différence des prix des deux adjudications successives; de son côté, la femme se fit colloquer pour une somme représentant le montant de ses reprises matrimoniales contre son mari; mais, lorsqu'elle voulut se faire payer, l'adjudicataire lui opposa la compensation : devait-on l'admettre et déclarer la femme responsable sur ses biens dotaux des conséquences de la folle enchère?

Le tribunal en fut d'avis : le législateur, en édic-

(1) S., 48, 2, 96.

tant l'inaliénabilité dotale, a eu pour but de soustraire la femme à l'influence que le mari exercerait sur elle dans la conclusion des contrats; mais il n'a pas étendu cette protection en faveur de la femme obligée sans qu'il y ait eu concours de volontés préalable, car c'eût été joindre à son incapacité contractuelle une incapacité délictuelle, contraire au droit naturel; or la femme, dans l'espèce, est obligée par un quasi-délit, car, par son irréflexion, elle a contraint le créancier saisissant à demander la résolution d'un contrat que ses ressources ne lui permettaient pas d'exécuter, et à revendre les immeubles du mari pour une somme inférieure à celle sur laquelle il était en droit de compter. Néanmoins, la Cour d'Agen adopta l'opinion contraire, et avec raison, parce que l'imprudence reprochée à la femme se rattachait intimement au contrat : la femme s'était soumise au paiement de la différence du prix de l'enchère d'avec la folle enchère « par un engagement tacite résultant des termes formels de la loi ». Ce pacte préliminaire au contrat, et en vertu duquel chaque partie s'oblige à ne pas nuire à l'autre par sa faute, a ceci de particulier dans notre hypothèse, qu'il fixe le quantum des dommages-intérêts dus pour résolution; l'indemnité représente donc la réparation du préjudice causé par la violation d'un engagement qui subsiste malgré la résolution de l'adjudication, et dont l'exécution ne sera pas poursuivie sur les biens dotaux.

Le créancier, qui avait obtenu gain de cause en première instance, forma un pourvoi en Cassation pour essayer de faire triompher la doctrine du tribunal qu'il exposait de la manière suivante : les biens dotaux sont aliénables lorsque la femme manque à

l'exécution de ses obligations délictuelles; toute la question se ramène donc à voir si la folle enchère constitue un quasi-délit. Or la femme s'est rendue coupable d'une imprévoyance, en oubliant d'observer que l'état de sa fortune lui rendait impossible l'exécution des conditions de la vente; l'obligation imposée au fol enchérisseur par l'article 740 du Code de procédure apparaît ainsi comme l'une des nombreuses applications du principe contenu dans l'article 1382 du Code civil; mais elle ne dérive pas du contrat d'adjudication, puisque la résolution en entraîne la suppression rétroactive. Combien ce raisonnement paraît logiquement déduit! Mais aussi, à quel résultat injuste ne conduit-il pas, résultat en opposition évidente avec le but auquel correspond l'institution de l'inaliénabilité dotale, destinée à préserver la femme des suites de son inhabileté et de ses mauvais calculs dans les transactions civiles! A la logique serrée des déductions, la Cour de cassation préféra la solution dictée par la justice; son arrêt du 21 août 1848 (1) porte : « Attendu qu'il s'agit dans l'espèce, non d'un délit ou quasi-délit, mais d'un contrat fait sans mauvaise foi, d'une fausse spéculation de la femme »; ce considérant n'a peut-être pas toute la valeur de celui de la Cour d'Agen, car il vient se heurter contre l'argument du pourvoi, inéluctable en apparence : le contrat étant résolu, comment parler de faute contractuelle? La surenchère imprudente est donc un quasi-délit.

Et nous rencontrons à nouveau cette affirmation dans un jugement du tribunal de Pau du 9 novem-

(1) S., 48, 1, 545.

bre 1860 (1), qui se base en outre sur ce que « les créanciers n'avaient aucun moyen de prévenir la conduite imprudente de la femme ». Mais cette circonstance n'enlève pas à la vente aux enchères le caractère d'un contrat ; sans doute, l'emploi de cette forme de la vente rend pratiquement impossible au vendeur la recherche de la capacité des divers acheteurs qui se présentent successivement à des intervalles très courts ; seulement, si cette situation est dangereuse pour lui, le préjudice qu'elle lui cause est un risque qu'il doit subir, comme étant la compensation des avantages que lui procure l'adjudication, notamment la chance d'obtenir un prix plus élevé par la chaleur des enchères ; la loi ne saurait donc refuser à l'incapable sa protection, sous prétexte que son cocontractant n'a pas été en faute en omettant de se renseigner sur sa capacité et de l'écarter de la vente ; elle lui est nécessaire, quel que soit le procédé suivant lequel a été formé le contrat. La Cour de Pau ayant confirmé le jugement par son arrêt du 30 août 1861, il fut cassé par celui de la Cour suprême du 15 juin 1864 : s'inspirant, comme elle l'avait déjà fait, du but de l'inaliénabilité dotale, elle déclare la femme irresponsable sur ses biens dotaux des imprudences commises par elle sans fraude ni intention de nuire, parce que « ces imprudences, de l'effet desquelles le législateur a entendu précisément garantir la dot, ne constituent que de simples fautes contractuelles ». La Cour d'Agen, à laquelle avait été renvoyée l'affaire, aurait sans doute adopté la même manière de voir ; mais, par une appréciation différente des faits de la cause, elle découvrit à la charge

(1) S., 64, 1, 363.

de la femme des agissements dolosifs dont elle la rendit responsable sur l'intégralité de ses biens, par l'arrêt du 6 février 1865 (1).

Mais la question revint devant la Cour de Pau le 2 juin 1880 (2); cette fois elle modifie sa jurisprudence antérieure et se range à l'opinion de la Cour suprême, mais par un considérant inexact : l'inaliénabilité, dit-elle, doit fléchir uniquement « devant la nécessité d'exécuter les condamnations encourues par la femme pour les faits que la loi pénale réprime, nul ne pouvant être placé en dehors des atteintes directes ou indirectes à l'ordre public », et pour « les actes illicites, alors même qu'ils ne tombent pas sous le coup d'une pénalité, s'ils constituent de véritables dols réprimés par la loi morale »; mais « une simple faute, tombât-elle même sous l'application de l'article 1382, ne suffit pas pour engager la dot si cette faute ne constitue qu'un acte d'imprudence ». Ainsi, la Cour estime que la femme « n'est pas responsable sur sa dot de ses simples imprudences et des faits dommageables de toute sorte contre lesquels les tiers n'auront pu se prémunir et par cela seul qu'ils n'auront pu s'en prémunir »; or cette distinction entre le délit et le quasi-délit est injustifiable; l'équité exige que les tiers soient indemnisés, même sur les biens dotaux, du dommage causé par les fautes de la femme, quelle que soit leur gravité, lorsqu'ils n'ont pas eu le moyen de s'en préserver; il n'est donc pas vrai de dire « que le principal but du régime dotal est précisément de protéger l'avoir de la famille contre la faiblesse et

(1) S., 65, 2, 240.

(2) S., 82, 2, 249 et note Labbé.

l'imprudence de la femme même au détriment des tiers, et qu'il n'importe, en présence d'un tel but, que l'imprudence dont on veut avant tout conjurer les résultats dans l'intérêt de la dot se soit manifestée par des faits témérairement accomplis ou des engagements témérairement contractés » ; la femme ne doit être protégée que contre les conséquences de ses obligations contractuelles.

C'est la doctrine qui, admise par la Cour de cassation, réapparaît dans un jugement du tribunal d'Aurillac du 25 mars 1891 confirmé par un arrêt de la Cour de Riom du 16 mars 1892, et dans un jugement du tribunal de Mirande du 23 mai 1893 (1). Mais la terminologie de ces décisions n'est pas très exacte ; elles assignent à la faute de la femme un caractère contractuel, parce qu'on ne trouve pas en elle « l'élément essentiel qui constitue le quasi-délit, c'est-à-dire l'intention de nuire » ; si cette proposition était vraie, elle conduirait à décider, comme la Cour de Pau, que les imprudences commises par la femme à l'égard des tiers auxquels elle n'est pas liée par un rapport contractuel n'engagent pas sa responsabilité sur ses biens dotaux. Aussi la Cour d'Agen à laquelle avait été déféré le jugement de Mirande, tout en adoptant la même solution dans son arrêt du 20 décembre 1893, la justifie par des motifs d'une précision qui n'avait pas encore été atteinte dans les décisions antérieures : « attendu que c'est l'adjudication qui lie la dame D. ; que c'est en effet l'adjudication qui a créé pour elle l'obligation de payer, et que la folle enchère poursuivie par N., n'a été que la conséquence de ce que l'adjudicataire ne payait pas ».

(1) S., 93, 2, 147.

Dans un précédent arrêt que nous avons rapporté, la Cour d'Agen avait déjà insisté sur ce fait que l'obligation du fol enchéri a son origine dans un engagement tacite faisant partie du contrat d'adjudication ; on peut même dire que souvent elle dérive d'un engagement exprès, car elle lui est imposée par une des clauses du cahier des charges, dont l'acquéreur a dû prendre connaissance et qu'il accepte en se rendant adjudicataire. Or la résolution de l'adjudication n'entraîne pas la disparition rétroactive de cette convention accessoire ; l'adjudication subsiste donc pour donner naissance à ses effets secondaires, sinon à son effet normal qui est l'exécution du contrat ; sous ce rapport, elle continue de lier les contractants, comme le dit si bien la Cour d'Agen, qui en tire la conclusion suivante : « il ne suffit pas que la dame D. ait été imprudente en se rendant adjudicataire pour qu'elle soit responsable sur ses biens dotaux comme elle le serait d'un délit ou d'un quasi-délit, puisque cette imprudence ne peut constituer qu'une faute contractuelle tant qu'il n'y a pas eu de fraude ou de mauvaise foi ».

Ce dernier considérant rectifie l'assertion contenue dans le jugement du tribunal ; mais il implique que le dol, même s'il est commis à l'occasion d'un contrat, est nécessairement un délit : ainsi l'avait jugé la Cour dans son arrêt du 6 février 1865 ; elle rendait la femme qui, se sachant dans l'impuissance de payer son prix d'adjudication, avait eu l'intention de nuire aux créanciers de son mari, responsable « par application de l'article 1382 qui n'est qu'une émanation du droit naturel, parce que l'intérêt public veut dans ce cas que le dommage occasionné frauduleusement par la femme soit réparé aux dépens de la dot, parce que

les articles 6, 900, 1133, et l'article 1387 placé en tête du titre du Contrat de mariage prohibent formellement ce qui est contraire à l'honnêteté publique, et que les articles 1554 et suivants ne s'appliquent qu'aux conventions ordinaires de la vie où chacun discute ses intérêts, et nullement aux faits délictueux et dommageables contre lesquels les tiers qui n'ont à s'imputer ni faute ni imprudence n'ont pu se prémunir ».

Mais, ainsi que le remarque M. Labbé, cette raison ne s'applique plus lorsque la victime du dommage s'est mise en contact volontairement avec son auteur, car elle aurait pu s'enquérir de la capacité du délinquant. Néanmoins, adoptant une doctrine qu'il abandonna plus tard, M. Labbé rend l'incapable responsable du dol commis, soit dans l'exécution, soit dans la formation des contrats, parce que « la fraude est un acte contraire à l'honnêteté sociale », qui doit faire pencher la balance en faveur du tiers.

En résumé, notre théorie aboutit, en ce qui concerne le dol, au même résultat que le système de la responsabilité délictuelle ; mais elle s'en sépare par ses conséquences relatives à la faute ; et même en ce qui touche le dol, elle présente un intérêt, sinon quant à l'incapacité, du moins en matière de représentation.

SECTION III

Contrats passés par les représentants.

La théorie de la responsabilité contractuelle conduit à rendre le représenté responsable du dol et de la faute de son représentant dans les contrats par lui passés dans la limite de ses pouvoirs. En effet, le représentant contracte lui-même ; c'est son propre con-

seulement qui est à la base de la convention et des engagements accessoires qui l'accompagnent ; seulement leurs effets se produisent dans le patrimoine du représenté. Or il en est ainsi de l'engagement pris par le représentant de ne pas nuire à son cocontractant par son dol ou sa faute, soit dans l'exécution, soit dans la formation du contrat : la violation de cet engagement engendre donc une obligation à des dommages-intérêts à la charge du représenté. Mais si l'on considère comme délictuelles les fautes qui ont eu lieu dans la formation du contrat, ou même certaines des fautes qui ont eu lieu dans son exécution, il nous semble difficile d'imposer au représenté la réparation du préjudice causé, car il n'a pas donné à son représentant mandat de commettre des délits.

On nous répondra sans doute que celui-ci n'a pas reçu davantage mandat de se montrer imprudent ou de mauvaise foi dans l'inexécution de ses obligations envers les tiers ; que par suite, son dol ou sa faute constituent des actes qui, excédant ses pouvoirs, ne sauraient engager la responsabilité du représenté ; mais on oublie que cette faute, quelle qu'en soit la gravité, est la violation d'un engagement dépendant du contrat et grevant dès lors le patrimoine du représenté qui lui a donné mandat de le conclure ; les dommages-intérêts dus en raison de son inexécution affectent donc nécessairement ce même patrimoine ; au contraire, le délit du représentant crée une obligation à la charge du patrimoine de son auteur, parce que la représentation ne se conçoit qu'en matière de contrats.

Les auteurs qui n'ont pas écarté cette objection ont cherché un autre fondement à la responsabilité du représenté pour l'inexécution fautive ou dolosive des

engagements contractés par son représentant; M. Wahl l'a trouvé dans l'article 1384, qui rend le préposant responsable des délits et quasi-délits de son préposé (1). Mais cette explication a des conséquences dangereuses pour le représenté, si la représentation est conventionnelle, et pour les tiers, si la représentation est légale.

Et d'abord, lorsque le représentant tient ses pouvoirs du représenté, la responsabilité de celui-ci va s'étendre à tous les actes illicites commis dans l'exercice du mandat qu'il a donné, même aux fautes qui ont eu lieu en l'absence de toute relation contractuelle. Or, quant à ces dernières, l'article 1384 n'est pas applicable d'une façon générale dans les rapports de mandataire à mandant; il faut qu'il existe entre ces deux personnes un lien de dépendance et de subordination qui seul justifie la responsabilité de la faute d'autrui; cette situation se rencontre chez le préposé, uni au préposant par un contrat de louage de services qui le soumet à une surveillance plus ou moins étroite dans sa gestion; mais elle fait complètement défaut chez le représentant, opérant sans autre limite à sa liberté que la nécessité de se conformer aux instructions contenues dans la procuration; sa mission supposant beaucoup plus d'initiative personnelle, on comprend qu'il n'engage pas la responsabilité du représenté au sujet des délits occasionnés par le manque d'une surveillance à laquelle il n'est pas astreint envers lui.

L'application de l'article 1384 aux fautes commises par le mandataire dans l'exécution ou la formation de ses contrats avec les tiers, est encore bien moins

(1) Note sous Montpellier : 16 juillet 1891 : S., 95, 1, 241.

juridique, car cette disposition ne concerne que les fautes délictuelles ; pour l'étendre aux fautes contractuelles, il faudrait admettre le système de l'unité de responsabilité que nous avons rejeté. Aussi les décisions de jurisprudence invoquées par M. Wahl, qui édictent la responsabilité du mandant dans diverses hypothèses de dol du mandataire, se justifient par des principes différents.

Supposons en premier lieu que le mandataire ait dépassé sciemment les limites de son pouvoir : le mandant ne sera pas responsable de la violation fautive ou dolosive des engagements de toutes sortes dépendant d'un contrat qu'il n'a pas donné mandat de conclure ; il ne sera donc pas obligé par la nullité ou l'inexécution de ce contrat auquel il n'a pas consenti. Mais la jurisprudence admet avec raison qu'il sera responsable, si l'on relève à sa charge une faute qui ait amené les tiers à croire que le mandataire agissait dans les limites de la procuration par lui présentée. — Exemple : un propriétaire, après avoir vendu ses immeubles, remet au notaire qui a procédé à la vente une procuration en blanc, à l'effet de subroger dans ses droits un tiers qui serait disposé à lui payer le prix d'achat ; ayant été désintéressé par l'acheteur, il oublie de retirer la procuration ; le notaire l'utilise pour contracter un emprunt dont il s'approprie le montant ; comme il devient plus tard insolvable, le prêteur se retourne contre l'individu qui apparaissait comme mandant. Aux trois degrés de juridiction, le mandant se voit condamner au remboursement de la somme empruntée par le notaire, car, bien qu'il n'ait pas été valablement représenté par lui dans la conclusion du prêt, il est en faute d'avoir laissé entre ses mains une signature dont le

mandataire a abusé à l'égard d'un tiers de bonne foi (1).

En résumé, le mandant et le mandataire ne sont ni l'un ni l'autre soumis à une responsabilité contractuelle envers le tiers : celui-ci, parce qu'il n'a pas voulu s'obliger personnellement; celui-là, parce qu'il n'a pas donné mandat de former le contrat d'où naît cette obligation. Mais tous deux sont soumis à la responsabilité délictuelle : le mandataire, à cause de son dol (qui le rend aussi contractuellement responsable envers son mandant), et le mandant, à cause d'une imprudence qu'il a commise dans les préliminaires du contrat. Le mandant est donc obligé de réparer le préjudice causé par son inexécution, comme responsable d'une faute personnelle tombant sous le coup de l'article 1382, et non pas comme civilement responsable par l'article 1384 de la faute d'autrui, parce que le notaire n'est pas son préposé.

Cette disposition a été invoquée, il est vrai, par un arrêt de la Cour de Nancy du 25 février 1890 (2), dans une espèce semblable où le mandataire avait frauduleusement dépassé les bornes de son mandat : il avait accepté une traite tirée sur son mandant pour le paiement de prétendues fournitures qui ne lui avaient point été faites; le cessionnaire de la traite en ayant réclamé le montant au mandant, celui-ci lui répondit qu'elle créait à sa charge une obligation sans cause, et n'avait été acceptée par le mandataire que par une complaisance envers le tireur; la Cour le rend néanmoins responsable par l'article 1384 du préjudice causé par le dol de son mandataire infidèle.

(1) Cass., 29 décembre 1890 : S., 94, 1, 342.

(2) D., 90, 2, 347.

Cette solution pouvait être juste en l'espèce, car le dol avait été commis par un individu placé à la tête d'une entreprise commerciale, et que l'arrêt qualifie, tantôt de mandataire, tantôt de préposé : le commettant n'est pas responsable contractuellement, parce qu'il n'a pas donné mandat à son représentant de souscrire des effets de complaisance ; mais il est civilement responsable du délit de ce dernier dans l'exercice de ses fonctions.

Mais cette responsabilité ne saurait incomber à tous les mandataires indistinctement, même à ceux qui ne rentrent pas dans la catégorie des préposés, car d'une part, les actes passés par eux en dehors des limites de leur mandat n'obligent point le mandant (art. 1998), et d'autre part, l'article 1384 est inapplicable à leurs délits et quasi-délits. — Seulement, dans le cas particulier dont il s'agit, la décision de la Cour est exacte à l'égard d'un mandataire quelconque, car elle s'explique par des principes spéciaux au droit commercial.

La législation civile fait un devoir au cessionnaire d'une créance de se renseigner auprès du débiteur sur les exceptions qu'il peut lui opposer du chef des différents vices susceptibles d'annuler son engagement ; car, après la cession, elles demeurent opposables au cessionnaire dont elles paralysent l'action ; il devrait donc s'assurer, dans le cas présent, que le mandant a reçu du tireur une valeur (dans l'espèce une prestation de fournitures) qui soit la cause de son obligation. — Nous ne prétendons pas, remarquons-le bien, qu'un effet de complaisance renferme toujours une obligation sans cause : lorsqu'il est accepté par le tiré lui-même, le tiré s'engage envers le preneur, dans la pensée que le tireur lui remboursera la somme qu'il serait obligé de payer, et dont il n'est

pas le débiteur ; par cela même qu'il s'engage, son engagement a nécessairement une cause. — Mais lorsque l'effet a été accepté par le mandataire du tiré, il est sans cause au regard du mandant qui n'a pas voulu s'obliger par un semblable engagement, puisqu'il sort des limites de la procuration ; en droit civil, ce vice qui rend inexistant l'engagement contracté par le mandataire, serait donc opposable au cessionnaire de la traite, qui n'a pas été induit en erreur sur la portée du mandat, comme dans l'espèce précédente, par l'apposition sur le titre de la signature du mandant.

En droit commercial, au contraire, on considère par faveur pour la circulation fiduciaire, que le tiers de bonne foi a dû croire en la validité d'un titre qui se présentait en apparence comme valable ; il aura donc action contre le mandant ; l'obligation de ce dernier, qui pourtant n'est pas en faute, apparaît ainsi comme un risque qu'il doit supporter de préférence au tiers, parce que c'est la contrepartie des bénéfices qu'il retire de l'activité de son mandataire, lorsqu'elle s'exerce à son avantage. Par suite, l'article 1384 n'a rien à voir dans cette question qui ne rentre pas dans son domaine d'application.

Supposons en second lieu que le mandataire n'ait pas excédé ses pouvoirs : les obligations qui naissent de ses engagements passent dans le patrimoine du mandant, qui sera dès lors responsable de leur inexécution fautive ou dolosive ; et généralement, la jurisprudence n'invoque pas l'article 1384 pour justifier cette solution. Ainsi la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 20 janvier 1880 (1) « que, si le

(1) S., 80, 1, 412.

mandataire n'oblige le mandant vis-à-vis des tiers que lorsqu'il s'engage dans les limites du mandat, le mandant n'en reste pas moins lié si son mandataire, au lieu d'outrepasser les pouvoirs qu'il a reçus, s'est tenu dans les limites où ils lui sont confiés, et a seulement commis des fautes de gestion auxquelles les tiers sont restés étrangers ». De même elle a décidé, dans un arrêt du 15 janvier 1872 (1), que les sociétés sont responsables du dol commis par leurs gérants dans la formation des contrats qu'ils passent avec les tiers : « attendu que le gérant est le représentant légal de la société ; qu'il la personnifie dans ses rapports avec les tiers ; que lorsqu'il a contracté au nom de celle-ci dans la sphère de ses attributions, c'est la société elle-même qui a contracté ; que dès lors, s'il a pratiqué des manœuvres frauduleuses dans un acte de sa gérance..., elle doit réparer en entier le préjudice qui en résulte pour les tiers... ; que la société est tenue comme obligée directe et personnelle de toutes les conséquences dommageables du fait de son gérant dans les opérations sociales ».

En définitive, ces solutions se déduisent du principe de la représentation : on trouve singulier de mettre à la charge d'une personne les conséquences d'un dol ou d'une faute dont elle ne s'est pas rendue coupable, parce que toute faute, quel qu'en soit le degré, constitue l'élément subjectif du délit, dont l'existence doit se rencontrer par suite chez la personne rendue responsable. Mais alors, c'est la théorie de la représentation tout entière qu'il faudrait attacher comme reposant sur une conception irrationnelle : elle aboutit en effet à mettre au compte d'un

(1) S., 72, 1, 9.

individu des engagements issus d'un acte auquel il n'a pas prêté son concours ; c'est le représentant qui contracte, et c'est le représenté qui se trouve lié ; or, le consentement à l'obligation n'est-il pas, lui aussi, un élément subjectif qui, rationnellement, devrait exister dans la personne de l'obligé ? Et cependant, le mandataire exprime son propre consentement et non pas celui du mandant. La possibilité de la représentation est donc une brèche au principe logique de la personnalité des effets du contrat, motivée par le désir de donner satisfaction à un but pratique ; par conséquent, la logique doit se borner à déduire de sa finalité même les règles qui gouvernent cette institution.

Or, puisque l'utilité de la représentation est de permettre à un individu de se substituer un tiers dans la formation des actes juridiques, le représenté doit être supposé les avoir passés tels qu'ils l'ont été par son représentant ; si donc celui-ci a commis un dol ou une faute qui a causé préjudice à son cocontractant, l'obligation d'indemnité pèsera sur le représenté qui est censé l'avoir commis lui-même ; il est impossible, en effet, de séparer le fait fautif de l'acte qui a été conclu, car ils émanent tous deux d'une seule volonté qui est leur auteur commun et qui est légalement réputée la volonté du représentant (1). Telle paraît avoir été la solution du droit romain (l. 4 § 18, Dig., *De doli mali et metus except.*, 44-4) ; le Code civil allemand la consacre dans son article 166, al. 1, ainsi

(1) Ainsi, la C. de cass., ch. civ., 15 juin 1898, a décidé que les actes passés par un mandataire dans la période suspecte, avec une personne dont il connaissait l'état de cessation des paiements, doivent être annulés (S., 99, 1, 209 et note de M. Tissier).

conçu : « dans la mesure où les suites juridiques d'une déclaration de volonté sont influencées par des vices de la volonté, ou par la connaissance qu'on a ou qu'on doit avoir de certaines circonstances, on prend en considération la personne du représentant. »

En d'autres termes et en ce qui concerne spécialement les contrats, nous dirons, si l'on veut écarter la fiction : le contrat comporte deux phases distinctes, celle de la formation et celle de l'exécution; d'ordinaire, c'est la même personne qui agit dans l'une et l'autre phase : dans le cas présent, c'est le représentant qui préside à la confection du contrat, et c'est le représenté qui subit l'effet de l'engagement; or, cela doit évidemment s'appliquer à toutes les obligations auxquelles il donne naissance, aux obligations normales comme aux obligations accessoires; parmi celles-ci, rentre l'obligation de réparer les suites du dol et de la faute qui se rattachent au contrat; le représenté en sera donc responsable bien qu'il ne s'en soit pas rendu coupable, comme il est responsable de l'exécution des engagements issus directement du contrat, bien qu'il ne s'y soit pas soumis personnellement.

Le mandataire qui a commis la faute n'a pas excédé les bornes de son mandat; il l'a mal exécuté et sera de ce chef responsable envers son mandant. Mais d'autre part, comme l'acte qui a été passé rentre dans la limite de ses pouvoirs, le mandant a été valablement représenté au regard des tiers. Le mandat et la représentation sont donc deux rapports distincts qui produisent chacun son effet propre : ainsi l'entend la Cour de cassation dans un arrêt du 30 juillet 1895 (1)

(1) S., 96, 1, 288.

(Ch. des req.), qui rend une société responsable des manœuvres frauduleuses employées par un banquier pour couvrir une émission d'actions : « attendu que la banque chargée de l'émission n'a pas agi en dehors de son mandat lorsqu'elle a provoqué et recueilli les souscriptions ».

A notre raisonnement, M. Wahl fait l'objection suivante : ce qui prouve que la responsabilité du représenté ne dérive pas de l'idée que le mandant s'identifie avec le mandataire, que la personnalité du second disparaît devant celle du premier, c'est que le représentant est, lui aussi, responsable de son dol. Mais notre théorie permet d'expliquer la coexistence de ces deux responsabilités : nous avons dit plus haut que toutes les obligations issues du contrat produisent indistinctement effet dans le patrimoine du représenté ; on peut donc considérer la convention qui leur a donné naissance comme renfermant une clause de non-responsabilité du représentant, qui a pour effet de le soustraire aux divers engagements par lui contractés. Or, s'il est permis de convenir qu'on ne sera pas responsable de sa faute, on ne peut stipuler l'irresponsabilité de son dol ; le représentant est donc tenu des conséquences de son dol en vertu de l'obligation contractuelle qu'il a personnellement assumée comme étant le véritable contractant.

D'après une autre opinion, sa responsabilité serait délictuelle et par suite s'étendrait même à la simple faute tombant sous le coup de l'article 1383 ; « si entre deux contractants, dit M. Michoud (1), on n'applique pas ce texte, c'est que leurs obligations réciproques ont été précisées par un contrat ; il n'y a

(1) Note sous Pau, 28 déc. 91 : S., 92, 2, 299.

plus lieu de les chercher dans le droit commun; l'action contractuelle suffit à tout; mais le mandataire est étranger au contrat et retombe dans le droit commun; il ne sera donc pas responsable des fautes qui constituent, en même temps qu'un manquement à des obligations contractuelles, des quasi-délits ».

Ce système repose sur une erreur : il considère que le représentant n'est pas un contractant, parce qu'il est en principe étranger aux obligations nées du contrat; mais il n'y a rien d'incompatible entre la qualité de contractant et le fait d'être irresponsable de l'exécution du contrat : cette séparation de la cause et de l'effet n'est que la conséquence naturelle de la représentation; le contrat conclu par le représentant demeure ainsi l'origine des obligations auxquelles il est exceptionnellement astreint envers les tiers. Sa responsabilité étant conventionnelle doit donc être limitée à la mesure de ses engagements; or, il n'a voulu s'obliger qu'à la réparation du dommage causé par son dol, et il a entendu s'exonérer de la responsabilité de toute faute, quelle qu'elle soit, dont il ne doit compte qu'à son mandant et non à son cocontractant.

La doctrine de M. Wahl aboutit, en outre, à rendre celui qui a été légalement représenté, irresponsable de toute faute commise dans l'exécution des contrats valablement passés par son représentant; en particulier, les dommages-intérêts dus au contractant par le tuteur ne pourraient être réclamés au mineur. En effet, l'article 1384 est basé sur la présomption d'une faute du commettant dans le choix de son préposé; or, le mineur n'a pas choisi son tuteur et n'a pu le surveiller; c'est au contraire le tuteur qui a pour mission de surveiller la personne du mineur et qui

est à ce titre responsable de ses délits; la responsabilité du mineur, pour les fautes de son tuteur, découlerait donc d'une interversion des rôles.

Ce principe ne doit pas être adopté sans distinctions : bien entendu, le mineur n'est pas responsable des fautes délictuelles de son tuteur, causant préjudice aux personnes envers lesquelles ce tuteur n'était lié par aucune obligation préalable. Mais lorsque la faute intervient dans l'exécution d'une obligation contractuelle, le principe de la représentation conduit, lorsqu'elle est légale, aux mêmes conséquences que lorsqu'elle est conventionnelle. C'est ce que disait déjà Domat (1) : « le pouvoir et l'autorité du tuteur ont cet effet, que tout ce qu'il gère est considéré comme le fait propre du mineur; et, soit qu'il s'oblige pour le mineur comme son tuteur ou que d'autres s'obligent envers lui en cette qualité, qu'il obtienne des condamnations en justice ou qu'il soit condamné, c'est le mineur qui devient le créancier ou le débiteur, et les obligations et condamnations ont leur effet pour ou contre lui »; la sécurité des tiers serait menacée si, après s'être conformés aux exigences de la loi en traitant avec le représentant de l'incapable, ils étaient sans recours contre celui-ci pour l'inexécution des conventions qui, valablement formées, produisent effet dans son patrimoine; personne ne se résoudrait à contracter avec le mineur, et la protection légale se retournerait contre lui. Si les contrats passés sont désavantageux pour ses intérêts, il aura un recours contre son tuteur pour mauvaise gestion; si le tuteur est insolvable, la perte retombera en définitive sur le mineur; mais c'est là un risque

(1) *Lois civiles* : liv. II, tit. 1, sect. 2, n° 9.

inhérent à l'institution de la représentation qui, comme toutes les institutions humaines imparfaites, comporte certains inconvénients; et il est juste qu'ils soient supportés par celui qui en recueille les avantages.

Nous ferons cependant une exception pour le cas de dol du tuteur; il serait rigoureux d'en imposer la réparation au mineur; dans cette circonstance, il est plus digne d'intérêt que celui qui a contracté avec son représentant: en effet, il n'a commis aucune faute puisque le choix de son tuteur ne dépend pas de lui; tandis que le tiers, avec quelque prudence, aurait pu se prémunir contre le dol de son adversaire. Mais l'irresponsabilité du mineur au sujet du dol commis par son tuteur dans la formation du contrat, ne saurait faire obstacle à l'exercice de l'action en nullité intentée par la partie qui en est la victime. En effet, la dérogation que nous apportons aux conséquences naturelles de la représentation a uniquement pour but d'empêcher que l'incapable ne souffre un préjudice par suite du dol de son représentant: son patrimoine sera donc soustrait à l'obligation d'indemnité qu'il engendre; mais l'annulation du contrat n'a pas pour résultat d'en augmenter le passif; or la loi estimant que la partie trompée n'a pas eu toute la liberté nécessaire dans sa formation, il est équitable qu'elle conserve son droit à l'annulation, puisqu'il ne fait naître aucune obligation nouvelle à la charge du mineur (1).

En droit romain, le mineur n'était tenu du dol de

(1) En ce sens, note Planiol, sous l'arrêt précité de Montpellier (D., 93, 1, 433). — Sur les principes précédemment exposés, cf. Pilon : *Th. de la représent.*, thèse, Caen, 1897, p. 145 et s.

son tuteur que dans la mesure de son enrichissement, par l'action *de in rem verso* (l. 13 § 7, Dig., *De act. empti et vend.*, 19-1). Cette restriction se justifiait alors, non seulement par les considérations d'équité que nous avons fait valoir, mais encore par l'évolution historique de la législation relative à la tutelle. En effet, à l'origine, le tuteur n'était pas le représentant du pupille; il était son *auctor*, c'est-à-dire qu'il complétait sa personnalité dans la passation des contrats conclus par le pupille lui-même; celui-ci devenait donc directement créancier et débiteur en vertu de la convention à laquelle il avait donné son propre consentement; et d'autre part, il n'était pas responsable du dol de son tuteur, puisqu'il ne l'avait pas commis personnellement. Or, lorsque le système de l'*auctoritas* disparut pour faire place à un autre procédé d'après lequel le tuteur se substituait au pupille dans la formation des actes juridiques, le tuteur devint lui-même créancier et débiteur, car le principe de la représentation était inconnu en droit romain; les efforts de la pratique tendirent donc à faire produire à ce nouveau système les résultats de l'ancienne conception; c'est-à-dire que l'on fit passer sur la tête du pupille les effets des contrats conclus par le tuteur, mais on continua de laisser à la charge du tuteur l'obligation de réparer les conséquences de son dol, dont le pupille n'avait jamais été tenu originairement.

En droit moderne, le principe de la représentation semble conduire à une solution inverse; mais la comparaison des intérêts en cause nous a fait adopter une décision mieux protectrice de l'incapable. En tous cas, il faut repousser l'opinion de M. Wahl qui refuse à la partie trompée l'exercice de l'action en

nullité pour dol, sous prétexte que ce dol a été commis par un tiers; le tuteur n'est pas un tiers, mais un véritable contractant; logiquement, l'action en nullité devrait être exercée contre lui; mais comme le mineur a reçu de son représentant le profit du contrat, c'est contre l'incapable seul que peut être intentée l'action tendant à sa disparition. Le tuteur sera soumis à l'action en dommages-intérêts pour dol.

• SECTION IV

Insuffisance de la théorie.

Contrairement aux systèmes qui restreignent ou qui suppriment le champ d'application de la responsabilité contractuelle, nous l'avons étendu au delà des limites qu'on lui assigne généralement, puisque cette responsabilité prend naissance, d'après nous, non seulement dans l'exécution du contrat une fois formé, mais encore dans les préliminaires de sa conclusion. Mais cette doctrine suppose que la convention, quoique nulle, s'est véritablement formée, c'est-à-dire qu'il y a eu concours de volontés dirigées vers un but commun; car si le consentement fait complètement défaut, l'acte qui a été passé ne mérite plus le nom de contrat, et alors il est impossible d'exercer contre la partie en faute l'action issue d'une convention qui n'a pas pris naissance, qui n'est même pas l'ombre d'un contrat.

Ainsi, nous avons vu que la jurisprudence base sur l'article 1382 la responsabilité susceptible d'incomber au mandant du chef des conventions que son mandataire a conclues en dehors des limites de la

procuration, et qui par suite, sont nulles à son égard pour défaut de consentement au mandat de les former. Si l'on veut établir cette responsabilité sur l'inexécution d'un engagement volontaire du mandant, il est impossible de la sanctionner par l'action du contrat qu'a passé le mandataire, car aucun des engagements qui en sont issus ne produit effet dans le patrimoine du mandant.

Une difficulté du même genre se présente dans la formation des contrats par correspondance : la responsabilité de l'offrant qui retire sa proposition ne peut découler de la convention, puisque nous supposons que la révocation est intervenue valablement, c'est-à-dire à une époque où le concours des volontés ne s'est pas encore produit, où il y a eu de simples démarches faites en vue d'un acte qui est demeuré imparfait, et qui ne saurait avoir une efficacité quelconque.

Des auteurs ont prétendu écarter toute difficulté en refusant au destinataire le droit à une indemnité : tant que le contrat ne s'est pas formé, disent-ils, l'offrant est libre de revenir sur sa proposition ; or celui qui exerce un droit est irresponsable envers la personne à laquelle il cause préjudice par cet acte, car l'obligation dont il serait tenu serait la négation de son droit ; d'ailleurs l'autre partie connaissant la précarité de l'offre, devait savoir à quel péril elle s'exposait en prenant pour base de ses opérations un engagement dont la stabilité ne lui était pas assurée, et qui était sujet à disparaître par un retrait de la proposition.

C'est confondre l'exercice avec l'abus du droit : lorsque l'on dit que l'offrant a le droit de retirer sa pollicitation, cela signifie que le contrat par lui pro-

posé ne se formera pas; aussi ne pourra-t-il être contraint à son exécution, soit en nature, soit en argent. Mais le plus souvent, ce retrait révélera de sa part une imprévoyance qui l'aura empêché de discerner, dès l'origine, les motifs pour lesquels il juge maintenant utile de revenir sur sa résolution première. Il est donc en faute; mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait quasi-délit; il faut encore qu'elle constitue la violation d'un droit de la personne qui en éprouve un dommage, sans quoi l'offrant échapperait à toute responsabilité en se retranchant derrière l'exercice de son droit propre.

Or il est certain que le destinataire a le droit de ne pas souffrir d'un retrait imprudent, parce que l'offre une fois acceptée par lui a fait naître dans son esprit l'idée qu'un contrat allait se former, et les relations contractuelles n'auraient pas toute la sécurité désirable, s'il dépendait de l'offrant d'anéantir à son gré une expectative aussi légitime : son droit est donc limité par l'obligation de réparer le préjudice causé par le retrait. Il en est d'ailleurs ainsi dans tous les cas où un obstacle s'oppose à la conclusion d'un contrat valable : quel que soit le vice qui l'entache, la partie qui le fait annuler use d'un droit, puisque la loi fait de ce vice une cause de nullité; mais si son introduction dans la convention a sa source dans une faute initiale de l'un des contractants, il en sera responsable envers l'autre. — Ihering (1) a donc raison de voir dans le retrait de l'offre un cas particulier de *culpa in contrahendo*; seulement, la réparation du préjudice causé ne saurait être obtenue par l'exercice

(1) *Op. cit.*, p. 78 et s.

de l'action issue du contrat, puisqu'il n'est pas venu en état.

Aussi Mommsen (1) octroyait au destinataire déçu par le retrait de l'offre, non pas l'action du contrat manqué, mais l'action *mandati contraria* : d'après lui, le destinataire a reçu le mandat de faire tous les actes que nécessite l'exécution du contrat proposé ; si donc le pollicitant révoque son offre, il doit l'indemniser de toutes les dépenses qu'il a faites dans ce but depuis son acceptation jusqu'au moment où est intervenu le retrait. Mais la révocation empêche la formation du mandat comme la conclusion du contrat à l'offre duquel il est joint. De plus, le mandat donné dans l'intérêt du seul mandataire n'est pas un mandat, mais un simple conseil ; or il en est ainsi du prétendu mandat que reçoit le destinataire, car il n'agit pas dans l'intérêt de l'offrant ; il n'accepte sa proposition qu'après s'être assuré de l'utilité qu'elle lui procurera personnellement, et tous les actes auxquels il s'est livré après son acceptation n'ont pour mobile que son propre intérêt. Enfin, cette opinion a pour résultat de limiter le montant de l'indemnité à la perte éprouvée, et d'en retrancher le gain manqué.

Nous repousserons pour des motifs analogues le système de Thon (2) qui fait découler d'une gestion d'affaires le droit à une indemnité ; le destinataire, dit-il, en refusant d'autres offres dans sa croyance au maintien de celle qu'il a acceptée, agit dans l'intérêt de l'offrant, parce qu'il lui aurait été personnellement indifférent de contracter avec les auteurs des nouvelles propositions ; or, si le retrait

(1) *Haftung*, p. 134.

(2) *Civ. Arch.*, 1880, p. 94 et s.

implique un changement d'intention de la part de l'offrant, il ne doit avoir effet que dans l'avenir ; les dépenses antérieures à la révocation ont été faites utilement, puisqu'elles correspondaient au désir de l'offrant qui n'avait pas encore manifesté l'intention de changer de résolution.

Il est inexact, à notre avis, de prétendre que la conduite du destinataire a son mobile dans la volonté de gérer les affaires du pollicitant ; l'offrant, en lui adressant sa proposition, n'a eu en vue que son intérêt propre ; de même le destinataire qui l'accepte a cherché la satisfaction de ses convenances personnelles ; par suite, tous les actes postérieurs à l'acceptation revêtent ce caractère, même s'ils constituent le commencement d'exécution de l'obligation de l'acceptant, car il les accomplit dans la pensée que l'offrant exécutera la sienne ; ils tendent indirectement à servir ses intérêts. En outre, le système circonscrit le quantum de l'indemnité dans les limites les plus étroites, car, dit Thon, elle ne s'étendra pas au-delà des frais déboursés dans l'intérêt de l'offrant ; par exemple, si le directeur d'une troupe révoque l'offre acceptée par un débitant de lui louer une salle de spectacle, il sera obligé à l'indemniser de ses frais d'installation, mais non des dépenses faites en vue d'acheter les consommations qui devaient être servies aux assistants et qui aujourd'hui ne peuvent recevoir aucun usage.

Quant à la construction juridique sur laquelle repose le système, elle est des plus fausses : la gestion d'affaires suppose qu'une personne prend la direction d'un patrimoine sans en avoir reçu le mandat de son propriétaire ; or c'est la manifestation de la volonté de l'offrant qui a déterminé l'attitude du destinataire.

Mais alors, s'il est impossible de baser la responsabilité du pollicitant sur un contrat ou sur un quasi-contrat, nous ne voyons plus, le délit mis à part, qu'une source d'engagement : c'est l'engagement par volonté unilatérale ; ne pourrait-on assigner cette origine à l'obligation d'indemnité qui pèse sur l'offrant ? C'est une nouvelle théorie à construire.

TROISIÈME PARTIE

Théorie des dommages-intérêts basée sur un engagement par volonté unilatérale.

CHAPITRE PREMIER

Exposé théorique.

Il est un principe à peu près universellement reçu : notre législation, dit-on, ne reconnaît qu'une source d'engagement volontaire obligatoire pour son auteur : c'est le contrat, qui suppose un concours de deux volontés dirigées vers un objectif commun ; l'engagement résultant d'une volonté unique ne lie pas celui qui l'a pris.

Cependant un jurisconsulte autrichien, Siegel (1), s'est fait le promoteur d'une doctrine d'après laquelle la théorie classique du contrat étant insuffisante à expliquer la naissance de certaines obligations reconnues par le droit moderne, on doit lui substituer la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, dont il proclame d'une façon générale la force obligatoire : quiconque prend un engagement public,

(1) *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, p. 7.

entend se considérer comme lié d'ores et déjà par sa promesse; la volonté humaine, en vertu de sa toute-puissance, peut s'enchaîner elle-même, sans le secours d'une autre volonté; si donc un tiers, par son acceptation, manifeste l'intention de recueillir le bénéfice de cet engagement, son auteur ne saurait prétendre qu'il l'a retiré dans l'intervalle qui s'est écoulé entre ces deux actes; comme il a voulu s'obliger par sa déclaration première, sa volonté doit produire effet et il sera tenu de faire honneur à sa parole. Mais il ne suffit pas d'assigner à la théorie un fondement rationnel: Siegel croit en trouver la consécration, non seulement dans les traditions germaniques, mais encore dans notre Code civil: c'est à ce point de vue que sa doctrine nous intéresse plus particulièrement.

Il reproche aux commentateurs allemands du Code français d'avoir interprété l'article 1108 en s'inspirant du droit romain, qui voit dans le consentement l'accord de deux ou plusieurs volontés; si sa critique est fondée, elle doit s'adresser aussi aux commentateurs français, qui ont adopté la même interprétation. Mais avant de l'apprécier, il nous faut développer l'idée que Siegel a indiquée d'un mot, et d'après laquelle le législateur moderne aurait eu du consentement une conception différente de celle qui existait en droit romain: ce sera en quelque sorte l'adaptation au Code civil de la théorie de Siegel.

L'article 1108, énumérant les conditions nécessaires à la validité d'une convention, exige le consentement de *la* partie qui s'oblige; *sa* capacité de contracter; *un* objet certain qui forme la matière de l'engagement; *une* cause licite dans l'obligation. Or, un contrat est formé par le concours de deux individus qui ont chacun une capacité propre, et dont les obligations

ont un objet distinct et une cause différente; il semble donc que la loi aurait dû parler : du consentement des parties qui s'obligent, de leur capacité, de l'objet et de la cause de leurs obligations : il n'en est rien. M. Colin (1) a donné de ces expressions l'explication suivante : le législateur, au lieu d'envisager les contrats tels qu'ils se forment dans la réalité, c'est-à-dire par la juxtaposition de deux engagements réciproques des parties l'une envers l'autre, s'est placé à un point de vue abstrait; il a choisi pour type le contrat ramené à sa forme la plus élémentaire, générateur d'une seule obligation qui est issue de l'accord de deux volontés : celle qui s'engage et celle qui accepte l'engagement sans en contracter un semblable envers la première.

Cette convention ne se rencontre pas dans la vie concrète; elle ressemble à ce qu'était la *stipulatio* romaine, par laquelle une personne promettait d'accomplir la prestation qu'une autre avait stipulée; si l'exécution de son obligation ne devait avoir lieu que moyennant une contre-prestation, il fallait une nouvelle stipulation semblable à la précédente, pour engager son cocontractant. Mais aujourd'hui, le contrat synallagmatique ne se forme plus ainsi par la jonction de deux contrats unilatéraux : quelle peut donc être l'utilité de cette conception dans l'œuvre du législateur de 1804 ?

Elle sert à mettre en relief l'importance de l'élément de cause, dont certains auteurs modernes ont contesté l'utilité. Exemple : un individu s'engage envers un autre à commettre un délit moyennant une

(1) *Th. de la cause dans les oblig. contract.*, thèse, Paris, 1896, p. 26 et s.; 249 et s.

certaine somme ; son cocontractant ne sera pas obligé au paiement du prix qu'il avait promis. Il n'est pas nécessaire, dit-on, d'invoquer la théorie de la cause pour expliquer ce résultat ; nous sommes en présence d'un contrat synallagmatique nul comme ayant un objet illicite ; ou plus exactement, nul par suite du caractère illicite de l'un de ses deux objets, celui qui correspond à l'engagement pris par l'auteur du délit. Mais supposons que la convention visée par l'article 1108 soit une convention abstraite, telle que nous l'avons décrite ; le contrat qui a été conclu peut se décomposer en deux conventions de ce genre ayant pour objet : l'une le paiement du prix, et l'autre la commission du délit ; or la première a un objet licite ; la seconde seule a un objet illicite ; si donc on déclare la première nulle comme la seconde, ce ne peut être pour la même raison : c'est parce que, bien qu'ayant un objet licite, elle a une cause illicite ; la cause est en effet la conscience chez le contractant de l'engagement pris par l'autre partie de commettre un délit ; cet engagement étant illicite, la cause de la première convention est elle-même illicite. De la sorte, la théorie de la cause ne se confond pas avec la théorie du second objet.

Cette explication est très satisfaisante ; de plus, elle sert de marchepied pour arriver à la théorie de Siegel : du contrat abstrait à l'engagement par volonté unilatérale, il n'y a qu'un pas. Dans l'article 1108, dirait-on, le législateur a envisagé, non pas la convention abstraite, mais les deux engagements unilatéraux que l'analyse distingue dans la convention concrète ordinaire (1) ; il a énuméré, non pas les condi-

(1) V. Colin : *Op. cit.*, p. 287, phrase pénultième.

tions d'efficacité du contrat, mais les conditions de validité de chacun des engagements unilatéraux pris isolément. Exemple : Primus s'engage envers Secundus à acheter sa maison pour un prix déterminé ; cette obligation émane d'une volonté supposée capable ; elle a un objet licite : l'achat de la maison ; elle a une cause licite : la conscience de l'obligation de Secundus au paiement du prix ; elle est donc valable, et il en est de même de l'obligation de Secundus. Primus s'engage à prêter à Secundus une certaine somme ; la cause de l'obligation de Primus est la conscience de l'obligation de Secundus à la restitution des deniers après un certain délai ; la cause de l'obligation de Secundus est la conscience de la dation des deniers : les deux obligations sont donc valables.

Dans les deux cas précédents, il y a contrat, puisque la cause de l'obligation de l'une des parties suppose le consentement de l'autre à une obligation semblable au profit de la première. Mais si l'on admettait que le Code a fait abstraction du contrat pour établir les conditions de validité des obligations en général, il faudrait reconnaître force obligatoire à tous les engagements qui rempliraient les conditions prescrites par l'article 1108, même s'ils n'avaient pas un caractère conventionnel. Seulement, telle n'a pas été l'intention du législateur, qui s'est occupé sans aucun doute des obligations contractuelles.

Les engagements issus d'une volonté unique ont leur cause, non pas dans un engagement réciproque pris envers celui qui s'oblige, mais dans la conscience chez ce dernier des effets qu'ils vont produire dans son patrimoine ; c'est précisément ce caractère qui s'oppose, en bonne législation, à ce qu'on les considère comme valables : en effet, l'attention de celui

qui s'y soumet n'étant pas mise en éveil par le consentement d'une partie adverse, sa volonté ne possède pas le degré de certitude suffisant qui est la caractéristique de l'obligation sérieuse ; et il serait difficile de savoir si l'on est en présence d'un engagement ferme ou d'une promesse en l'air. L'exigence du moule contractuel pour donner naissance à un lien obligatoire, loin d'être une restriction arbitraire à l'émancipation complète de la volonté humaine, est un frein qui la préserve des entraînements passagers et irréflechis.

Cependant, il serait excessif de refuser à la volonté unilatérale le pouvoir de s'engager lorsqu'elle en a l'intention bien arrêtée ; le Code civil nous offre lui-même des engagements de ce genre, et je crois que les critères permettant de distinguer dans ces hypothèses l'existence d'une volonté ferme sont au nombre de deux : l'un est la constatation de l'engagement en forme solennelle ; l'autre réside dans l'accomplissement de certains actes d'où l'on doit induire une obligation tacite.

Du premier, nous trouvons une application dans le testament ; la cause de l'obligation qu'il renferme est la conscience chez le disposant de l'avantage que la libéralité procure à celui qui la recueille ; le consentement du légataire n'est donc pas nécessaire pour obliger le testateur ; avant même qu'il n'ait accepté le legs, il acquiert à son insu un droit de créance transmissible et soumis à la condition résolutoire de sa renonciation ; le testateur est engagé par cela seul que sa volonté est exprimée dans une forme qui ne laisse place à aucun doute. Il est vrai que la donation exige pour sa perfection le consentement du donataire ; mais pour elle, il fallait se montrer plus rigoureux

que pour le testament, car le donateur ne possédant pas la faculté de révocation qu'a le testateur jusqu'au jour de sa mort, doit être mis en garde contre la spontanéité d'engagements d'autant plus dangereux qu'ils sont à titre gratuit (1).

De même, les renonciations à succession ou à communauté ne sont valables que si elles sont faites dans les formes légales (art. 784 et 1457) ; la cause de l'obligation du renonçant est la conscience des avantages qu'il retire personnellement de la renonciation ou qu'elle procure à un tiers, selon qu'elle a lieu dans un but intéressé ou dans une intention libérale. Parfois même, la loi n'impose aucune forme déterminée : il en est ainsi de la renonciation à un usufruit ou à une hypothèque ; cette dernière est déclarée valable par la jurisprudence, sans qu'il soit besoin de l'adhésion des intéressés (2).

Dans les cas précédents, l'obligation est produite par un engagement exprès ; mais elle peut aussi dériver d'engagements tacites : c'est la seconde catégorie que nous avons annoncée ; ils découlent de certains actes qui impliquent la volonté de leur auteur de se soumettre à une obligation particulière : ainsi l'acceptation d'une succession ou d'une communauté résulte des actes d'immixtion, par opposition aux actes purement conservatoires (art. 778 et 1454) ; de même la renonciation à une hypothèque résultera le plus

(1) D'ailleurs ce consentement n'est pas exigé lorsque l'obligation du donateur a sa cause dans une obligation naturelle, issue par exemple d'une disposition de dernière volonté purement verbale de son auteur ; l'engagement pris par l'héritier de l'exécuter est valable, sans qu'il soit besoin de l'acceptation de son bénéficiaire : Montpellier, 30 janv. 1893 (S., 94, 2, 84).

(2) Orléans, 29 nov. 1889 : S., 91, 2, 35.

souvent de la signature apposée par le créancier hypothécaire au bas de l'acte de vente de l'immeuble hypothéqué.

Or, l'engagement pris par chacun des contractants de s'abstenir de dol et de faute dans la formation du contrat n'est pas un engagement conventionnel ; l'obligation de l'un n'a pas sa cause dans la conscience de l'obligation de l'autre. Qu'importe à Primus que Secundus prenne un pareil engagement ? Telle n'est point la raison d'être du sien : le motif qui en fait présumer l'existence, c'est qu'il repose tout entier sur la bonne foi du contractant ; et sa cause est la conception de l'effet qu'il produira dans son patrimoine, si la nullité du contrat provient de son dol ou de sa faute ; son acceptation par l'autre contractant n'est donc pas nécessaire, si l'on se place à un point de vue purement rationnel, car l'engagement dérive, non pas d'un concours de volontés, mais d'une volonté unique.

Seulement, doit-on juridiquement le considérer comme tel ? La question se pose, car nous avons vu que si l'on conçoit la possibilité métaphysique de l'engagement par volonté unilatérale, il faut pratiquement en limiter le champ d'application, en raison des difficultés que soulèverait en cette matière une trop grande liberté. Or, dans notre hypothèse, la volonté a un caractère de certitude suffisamment précis pour qu'on reconnaisse force obligatoire à son engagement ; il rentre dans le second des deux groupes que nous avons signalés : c'est un engagement tacite, dont l'existence s'induit du fait même de contracter ; cet acte révèle de la part de chacun des contractants l'intention non douteuse de s'engager à réparer le préjudice qu'il a causé par sa faute, parce que, comme

nous le disions, cette obligation découle de la bonne foi nécessaire au développement des relations contractuelles, et que les parties doivent être présumées de bonne foi.

Dans l'exposé précédent, nous avons été amené à constater les deux principes suivants : dans l'article 1108, le Code établit les conditions de validité des obligations contractuelles ; mais il ne reconnaît que dans des cas spéciaux la force obligatoire des engagements par volonté unilatérale. Le premier de ces principes va nous permettre de donner une nouvelle démonstration du résultat auquel nous avait conduit notre seconde théorie, celle qui assigne à la responsabilité des parties une origine contractuelle.

En effet, puisque le Code s'occupe des conditions de validité des obligations contractuelles, plutôt que des conditions de validité des contrats, on peut dire qu'un contrat n'est jamais nul ou inexistant ; il suffit qu'il existe pour être valable, c'est-à-dire qu'il y ait eu concours de volontés dirigées vers un objectif commun ; les obligations contractées par leurs auteurs peuvent être nulles ou annulables, si elles ne satisfont pas aux conditions de l'article 1108 : le contrat, lui, demeure néanmoins valable, et comme tel, donne naissance à une action en dommages-intérêts, sanction de l'engagement réciproque pris par les contractants de ne pas commettre de faute dans sa formation.

Mais nous avons été plus loin ; nous avons montré qu'il n'était pas nécessaire de rattacher cet engagement à une source contractuelle pour en reconnaître la validité ; il découle de l'intention présumée des parties de s'obliger d'une façon ferme, et n'a pas besoin d'être accepté par celle qui est appelée à en profiter ; il est lié à la proposition de contrat, et il

est valable avant même que la convention ne soit conclue : celui qui le prend est obligé par sa seule volonté.

En résumé, quiconque entre en relations contractuelles avec une personne déterminée s'engage, avant toute acceptation de cette dernière, à s'abstenir de faute dans la formation du contrat, et par suite, à répondre envers elle des suites préjudiciables de sa nullité, lorsqu'elle lui est imputable (1).

Voyons maintenant les résultats pratiques que va donner la théorie ainsi transformée.

(1) Y. Saleilles : *Th. de l'Oblig.*, p. 169 et s.

CHAPITRE II

Conséquences pratiques.

La théorie que nous avons essayé de construire a sur la précédente un double avantage, en ce qui concerne son champ d'application et l'étendue de la responsabilité qu'elle édicte.

I. *Champ d'application de la théorie.* — Elle s'appliquera dans les hypothèses où nous avons vu que la théorie de la responsabilité contractuelle ne fonctionnait pas valablement, c'est-à-dire dans les cas où le contrat n'a pu se former pour défaut de consentement : en effet, la responsabilité qu'elle établit dérive d'un engagement par volonté unilatérale impliqué dans le fait d'entrer avec quelqu'un en rapport d'affaires ; donc, puisque nous ne le faisons plus découler du contrat lui-même, peu importe que ce contrat se soit formé, mais entaché d'un vice, ou qu'il n'y ait pas eu le concours des volontés nécessaire à sa perfection ; l'engagement qui a été pris conserve toute sa force obligatoire, bien que la convention dont il est indépendant ne soit pas venue en état.

En voici des exemples : une offre de contracter a été adressée par plaisanterie à une personne qui l'a prise au sérieux ; un individu, par un abus de blanc-seing, s'est constitué un titre de créance qu'il a cédé à un tiers porteur de bonne foi ; un représentant a

commis un abus de pouvoir qui lui a été facilité par une mauvaise rédaction de la procuration. Dans tous ces cas, l'intention de conclure le contrat qui n'a été formé qu'en apparence fait défaut chez l'un des contractants; en réalité, il n'a pas été formé, parce qu'il lui manque la condition essentielle de son existence, le consentement des deux parties; il ne produira donc aucun effet, quel qu'il soit; en particulier, il ne donnera naissance à aucune action en responsabilité. Mais elle appartient néanmoins au contractant qui croyait à la validité du contrat, parce que l'autre, en voulant plaisanter mal à propos, en donnant un blanc-seing ou un pouvoir mal rédigé, a commis une imprudence, et a manqué de la sorte à l'engagement de s'abstenir de faute dans les agissements préparatoires à un contrat auquel il avait paru donner son adhésion; cet engagement résulte implicitement du fait de s'être prêté en apparence à la formation du contrat.

Le même raisonnement pourrait s'appliquer à l'hypothèse de retrait d'une proposition émanant d'une volonté sérieuse; mais ici, notre théorie va nous conduire à des conséquences différentes. Si l'on admet avec nous que la responsabilité du contractant découle d'un engagement par volonté unilatérale, l'objet de cet engagement ne doit-il pas être déterminé par la recherche des présomptions de volonté les plus naturelles? Ainsi, dans un contrat entre présents, il est vraisemblable de supposer que chaque partie s'oblige à répondre des conséquences de toute faute concomitante à la formation du contrat dont elle a entraîné la nullité. Mais ce serait aller contre l'intention probable de l'offrant, que présumer de sa part l'engagement de réparer le préjudice causé au destinataire de l'offre

par sa rétractation, sans laquelle le contrat aurait été valable.

En effet, lorsque la convention se conclut entre personnes présentes, si la nature de l'offre exige un examen plus ou moins long de celui à qui elle est adressée, l'offrant lui accordera généralement sur sa demande le temps de réflexion nécessaire, et il sera obligé, en vertu de ce contrat préliminaire, de maintenir l'offre pendant le délai fixé par les parties d'un commun accord. Or, lorsqu'elle est adressée à une personne absente, pourquoi ne pas supposer que son auteur a pris un engagement semblable ? Il a dû penser que le destinataire avait besoin d'un délai pour étudier sa proposition et lui faire parvenir la réponse ; si donc il n'a pas fait de réserve à ce sujet, c'est qu'il a entendu se lier vis-à-vis de lui, de la même manière que si l'opération s'était conclue entre personnes présentes. Donc, tout individu qui fait une proposition de contrat doit être présumé s'obliger à ne pas la retirer avant le temps moralement nécessaire pour la réflexion et la réponse du destinataire (1) ; par suite, la rétractation de l'offre ne saurait être un obstacle à la formation du contrat si l'acceptation intervient dans ce délai, pendant lequel la proposition est considérée comme maintenue ; dès lors, le contrat étant valablement formé, l'offrant qui refusera de l'exécuter sera obligé aux dommages-intérêts d'inexécution, et non plus aux dommages-intérêts pour contrat manqué. En outre, si l'offrant meurt ou devient incapable dans cet intervalle, l'offre subsistant en vertu de la force obligatoire de l'engagement

(1) C'est la solution de la jurisprudence : Cass. req., 28 février 1870 (S., 70, 1, 296) ; 27 juin 1894 (S., 98, 1, 434).

préliminaire auquel s'est soumis son auteur pourra être valablement acceptée, et le contrat ainsi conclu obligera le proposant comme s'il était capable, ou bien ses héritiers s'il est mort.

Ce double résultat n'a été admis par la doctrine qu'après de sérieuses discussions. En Allemagne, il avait été consacré par les articles 297 et 319 du Code de commerce de 1861; mais les romanistes, qui excluaient la possibilité de tout engagement par volonté unilatérale, voulaient néanmoins le justifier en demeurant fidèles à la théorie du contrat; dans ce but, ils avaient eu recours à des explications plus ou moins contournées.

Ainsi, d'après Regelsberger (1), l'obligation au maintien de l'offre résulte d'un contrat : le proposant renonce tacitement à son droit de retrait, et comme cette renonciation a lieu dans l'intérêt du destinataire, il doit présumer qu'elle a été tacitement acceptée du jour de la réception de l'offre; l'acceptation n'a donc pas besoin de lui être transmise pour que le contrat soit valablement formé. Mais combien n'est-il pas plus naturel de supposer que l'offrant, en l'absence de toute volonté contraire, ne s'est pas reconnu le droit de retrait, que par suite il n'avait pas y renoncer?

D'après Schott (2), l'espace de temps qui s'écoule entre l'arrivée de l'offre et son acceptation doit être supprimé par la pensée, de sorte que l'acceptation transmise à l'offrant est à considérer comme existant du jour même de la réception de l'offre. Mais cette interprétation fausse la réalité; de plus, il faudrait

(1) *Civilrechtliche Erörterungen*, I, p. 74 et s.

(2) *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, p. 230.

en conclure que le contrat s'est formé à cette date, ce qui est inadmissible.

Kœppen (1), trouvant la conception classique du contrat insuffisante à donner la solution cherchée, en avait édifié une théorie nouvelle dont il prétendait à tort trouver la base en droit romain : d'après lui, l'offre n'est pas une simple déclaration de volonté dénuée d'effet, c'est un acte juridique déjà parfait par lui-même ; il contient la promesse d'une prestation faite par l'offrant au destinataire sous la condition de l'acceptation de ce dernier. La proposition rend celui à qui on l'adresse créancier conditionnel ; elle opère la délation de la créance au destinataire dont l'acceptation produit effet rétroactif au jour de la réception de l'offre.

Mais un tel système est contraire à la conception rationnelle du contrat : il fait produire les effets de la convention à un acte qui est antérieur à sa formation ; or l'effet ne saurait précéder la cause. L'offre constituant une déclaration unilatérale n'est pas assimilable à un contrat conditionnel ; elle est simplement le premier pas fait en vue de sa conclusion ; celle-ci ne résulte que du concours des volontés ; l'acceptation du destinataire est donc, au même titre que le consentement de l'offrant, une condition de l'existence même du contrat, et non pas seulement une condition suspensive à laquelle serait subordonnée l'efficacité d'une proposition ayant la même vertu que le contrat. L'offre n'est pas une délation analogue à celle qui a lieu lors de l'ouverture d'une

(1) *Der oblig. Vertrag u. Abw.*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1871, p. 334 et s. — *Contra* : Schott : *op. cit.*, p. 210-225 ; Sohm : *Zeitschr. f. Handelsr.*, 1873, p. 372 et s.

succession : l'acceptation de l'héritier ratifie les effets de la dévolution qui s'opère par la puissance de la loi ; au contraire, l'acceptation du destinataire s'ajoute à la volonté de l'offrant pour engendrer des effets qui jusque-là ne sont pas même en germe.

L'explication la plus naturelle avait été proposée par Ihering (1) : l'obligation à laquelle est astreint l'offrant est une obligation secondaire, qui précède un rapport de droit en voie de formation ; il en est l'effet passif, par opposition à l'effet actif, qui ne naîtra qu'au jour de la conclusion du contrat. Et si l'on demande à Ihering comment un droit est susceptible de produire des effets avant d'être venu à l'existence, il répond : sans doute, l'effet ne peut précéder la cause ; mais nous ne sommes pas en présence d'une relation de causalité ; il s'agit d'un rapport entre un but à atteindre et les moyens les plus propres à l'obtenir. Tous les droits s'établissent en vue d'un but déterminé ; on conçoit donc que, dans la phase de leur formation, la liberté des parties soit soumise à certaines restrictions, afin d'assurer d'une façon plus efficace la réalisation de cette fin qu'ils se proposent. Et lorsque, comme dans notre hypothèse, ces mesures de précaution se manifestent par des conséquences identiques à celles qui découlent du fait de la conclusion de l'acte juridique, on peut, sans aucune contradiction, les considérer comme l'effet passif du droit, antérieur à son effet actif.

Enfin Siegel (2) fit observer que ce résultat était conforme à l'intention probable de l'auteur de l'offre ;

(1) *Passive Wirkungen der Rechte*, dans *Iahrb. f. Dogm.*, 1866, p. 458 et s., 460.

(2) *Op. cit.*, p. 53 et s.

en vertu de l'obligation à laquelle il s'est soumis par sa volonté unique, il n'est plus maître de retirer sa proposition, et se trouve lié par le contrat si l'autre partie l'accepte. Seulement, il ne faut pas exagérer l'idée contenue dans cette doctrine, et en conclure que l'offre étant obligatoire par elle-même, son auteur ne pourra jamais la révoquer.

Il conserve le droit de rétractation tant qu'elle n'est pas arrivée à la connaissance du destinataire, car jusque-là, elle n'a pu léser les intérêts d'un tiers dont elle aurait déterminé l'attitude; elle n'a donc pas plus de valeur que si elle existait uniquement dans le for intérieur. L'offrant n'a entendu s'engager que dans la mesure où cela peut être utile au bon fonctionnement des relations contractuelles par correspondance; au-delà de cette mesure, il garde toute liberté pour la révocation de sa proposition.

En France, nous rencontrons dans la doctrine des hésitations analogues : lorsque le proposant a fixé au destinataire le délai dans lequel il doit envoyer sa réponse, les auteurs s'accordent à admettre que pendant ce temps le droit de révocation est suspendu, et que l'acceptation de l'offre rend le contrat parfait, même si elle a été retirée par son auteur. Cependant, Larombière (1) déclare que le contrat ne s'est pas formé, parce qu'il n'y a pas eu concours des volontés; cette opinion serait exacte, si l'on devait rechercher quelle est la volonté de l'offrant au moment de l'acceptation du destinataire; or ce ne serait tenir aucun compte de l'engagement pris par lui de maintenir sa proposition pendant le délai fixé; il a pour conséquence d'imprimer à sa volonté un caractère d'im-

(1) Tome I, art. 1101, n° 14.

mutabilité; elle doit être considérée comme n'ayant subi aucune modification dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'arrivée de l'offre et son acceptation.

Il est vrai que c'est un engagement par volonté unilatérale; néanmoins, les auteurs le font naître d'un contrat qui s'est formé, du jour de la réception de l'offre, par l'acceptation tacite du destinataire auquel il profite entièrement. Mais M. Worms (1) a montré ce qu'il y avait d'artificiel dans cette explication: l'offrant n'a pas eu l'intention de conclure une convention accessoire au contrat principal; dans sa pensée, son engagement l'oblige sans qu'il soit besoin d'une acceptation du destinataire. La nécessité d'une acceptation même tacite impliquerait que le contractant a simplement offert un délai; or l'offre ne porte que sur le contrat dont il provoque la conclusion, et l'engagement qu'il a pris de ne pas la retirer avant l'expiration de ce délai n'a, en aucune façon, le caractère d'une proposition de contrat.

M. Worms est ainsi naturellement amené à sous-entendre un semblable engagement par volonté unilatérale, lorsque l'offre n'a pas été accompagnée de la fixation expresse du délai; sa durée sera déterminée par la nature de l'offre d'une façon suffisamment précise pour que l'offrant ne soit pas dans une situation incertaine. Pendant ce temps, elle sera irrétractable, même si son auteur vient à changer d'intention, même s'il devient incapable ou s'il meurt (2).

On a prétendu (3) que ces deux dernières limites

(1) *De la vol. unilat. comme source d'oblig.*, thèse, Paris, 1891, p. 173 et s.

(2) *Contra*: Valéry: *Des contrats par correspond.*, p. 167 et s.

(3) Girault: *Des c. par correspond.*, p. 165.

imposées à la faculté de rétractation sont propres aux relations commerciales ; l'offre, dit-on, émane de la maison de commerce plutôt que du commerçant ; sa mort ne saurait donc être à elle seule une cause d'extinction de la proposition ; de plus, le successeur a tout intérêt à maintenir l'offre de son prédécesseur pour ne pas nuire à la prospérité de la maison. Sans doute, ces considérations particulières au commerce ne sont pas sans valeur ; mais la véritable raison juridique de la persistance de l'offre après le décès de son auteur s'applique même en matière civile : en effet, l'engagement qu'il a pris de ne pas la rétracter étant valable, est transmissible à ses héritiers qui sont obligés au même titre que lui ; il est vrai que cet engagement est d'une nature spéciale, puisqu'il n'oblige pas l'offrant à une prestation ; il fonde à sa charge une obligation de ne pas faire et non pas une obligation de faire ; mais il n'y a aucune raison de distinguer entre ces deux sortes d'obligations quant à leur transmissibilité, à moins que l'offre n'ait été faite *intuitu personæ* (1).

M. Worms a été plus loin : il a prétendu que l'offre engendrait, non seulement l'obligation de la maintenir pendant un certain temps, mais encore l'obligation d'exécuter la promesse qu'elle contient, lorsqu'elle est acceptée par le destinataire ; ce serait donc un second effet de la volonté unilatérale ; mais à la différence du premier, il serait conditionnel et soumis à l'acceptation de l'autre partie. Nous ne partageons pas cet avis : l'obligation à l'exécution découle du contrat ; si elle était la conséquence de l'offre, elle manquerait de cause, car la cause de l'obligation de

(1) *Contra* : Valéry, *op. cit.*, p. 196.

l'offrant étant la conscience de l'engagement pris par l'acceptant suppose nécessairement le consentement de ce dernier ; il faut donc qu'il y ait eu concours de volontés, c'est-à-dire contrat, pour que l'offrant soit obligé.

D'autre part, cette conscience implique la réception de l'acceptation par l'offrant ; aussi c'est à ce moment que nous croyons le contrat formé ; il ne suffit donc pas que l'acceptant se soit dessaisi de son acceptation par l'émission : le concours des volontés n'est parfait que si elles ont conscience de leur propre accord. Rigoureusement, cette conscience n'existe que si l'offrant a pris connaissance de l'acceptation ; mais une pareille exigence conduirait à des difficultés pratiques qui doivent la faire rejeter : la date de la prise de connaissance restant ignorée de l'acceptant, il ne saurait pas à quelle époque s'est conclu le contrat ; il faudrait qu'à son tour il en fût informé, et il n'y aurait plus aucune raison de s'arrêter dans cette série d'avertissements réciproques. Il est donc nécessaire de poser une présomption générale qui mette les contractants à l'abri de l'incertitude ; comme la date de la prise de connaissance de l'acceptation coïncide très souvent avec celle de son arrivée à la résidence de l'offrant, on peut choisir cette dernière, comme marquant l'époque à laquelle se produisent les effets du contrat ; peu importe que dans certaines hypothèses particulières cette présomption soit en désaccord avec la réalité.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette question qui ne rentre pas, à vrai dire, dans notre sujet ; nous nous contenterons de faire observer que, si l'on adopte notre opinion, la révocation de l'acceptation n'empêchera pas la formation du contrat, si elle par-

vient au destinataire après la réception du consentement de l'acceptant ; l'acceptation contient donc l'engagement implicite de la part de l'acceptant, de ne pas retirer son consentement pendant l'intervalle qui s'écoule entre son émission et sa réception par l'offrant, si le retrait lui arrive tardivement ; cet engagement est de même nature que celui qui oblige l'offrant ; il découle de la volonté unilatérale.

Nous venons d'étudier l'offre à une personne déterminée ; d'après une ancienne définition (1), c'était la seule que le droit dût reconnaître ; la désignation individuelle de la personne à qui elle est adressée est, disait-on, la caractéristique de l'offre. Sohm (2) a fait ressortir l'étroitesse de cette doctrine en droit moderne, en montrant que la pratique offre des exemples de propositions adressées à une personne indéterminée : rentrent dans cette catégorie les engagements du souscripteur ou des endosseurs d'un titre à ordre et du souscripteur d'un titre au porteur. Mais, du moins en ce qui concerne l'engagement contenu dans le titre au porteur, on tend à abandonner l'opinion qui veut y voir une offre de contrat devant lier l'offrant envers la personne qui l'accepte par l'acquisition du titre, et à la remplacer par l'idée d'un engagement unilatéral pris envers le porteur quelconque qui se présentera comme créancier. Une tendance analogue s'est fait jour en matière de promesse de récompense.

Ihering considérait cet engagement comme une sorte de fondation faite en faveur d'une personne incertaine, avec cette seule différence que la promesse est

(1) Ihering : *op. cit.*, p. 84.

(2) *Op. cit.*, p. 47 et s.

un acte dont l'exécution se consomme en une seule fois, tandis que la fondation nécessite ordinairement, pour atteindre son but, des prestations successives et périodiques. Cette comparaison aurait dû conduire l'auteur à admettre l'irrévocabilité de la promesse; mais il rejette cette conséquence qu'il juge dangereuse et adopte une autre construction.

Il assimile la promesse à l'offre d'un contrat unilatéral, dont l'efficacité est soumise à la condition qu'une personne quelconque accomplira l'acte à récompenser; la différence entre cette offre et l'offre ordinaire, c'est que le même fait réalise tout à la fois l'arrivée de la condition et l'acceptation de la promesse. Mais il est inexact de faire intervenir ici l'idée de condition; en effet, elle ne peut affecter le contrat, puisqu'il n'est pas encore formé au moment de l'offre; et elle ne peut davantage affecter l'offre, car ainsi que nous l'avons dit, l'acceptation n'est pas une condition de l'offre, au sens juridique de ce mot.

Aussi la plupart des auteurs (1) qui se rallient à la théorie du contrat écartent cette idée et voient dans la promesse l'offre d'un contrat synallagmatique, qui devient parfait par l'acceptation tacite contenue dans l'accomplissement de l'acte à récompenser; mais elle ne résulte pas des simples démarches qui ont commencé d'être effectuées pour atteindre le résultat demandé, car elles ne révèlent de la part de leur auteur qu'une tentative dirigée vers le but proposé, sans rien préjuger sur le point de savoir si elle sera ou non couronnée de succès; il faut donc en atten-

(1) Vangerow : *Pand.*, p. 255 et s.; Windscheid : *Pand.*, § 308; Schutze : *Jahrb. f. gemeines Recht*, V, p. 33 et s.; Regelsberger : *op. cit.*, p. 196 et s.

dre l'issue qui seule démontrera s'il y a eu acceptation effective, puisque l'acceptation ne peut s'induire que de l'exécution de la prestation demandée.

Exner (1) fit apercevoir l'insuffisance de cette théorie : elle conduisait à exclure du droit à la récompense ceux qui ont accompli le fait auquel elle est subordonnée, mais sans que la promesse, dont ils ignoraient l'existence, ait été le mobile de leur conduite. Ainsi, un individu tue un animal dangereux sur la tête duquel a été placée une récompense ; l'acceptation de la promesse suppose qu'il en a eu au moins conscience ; or, elle peut faire défaut chez la personne qui atteint le but en faveur duquel a été instituée la récompense ; il en sera souvent ainsi lorsqu'il s'agira de prix de vertu ou de primes décernées aux découvertes scientifiques. Et cependant n'est-il pas juste qu'elle soit admise à la réclamer, puisqu'elle l'a gagnée en répondant au désir du promettant ?

Aussi Exner estime que l'acceptation réside, non pas dans le fait même de l'accomplissement de la prestation, mais dans l'information adressée au promettant par la personne qui, après l'avoir exécutée, lui fait connaître le résultat de ses recherches ; cette déclaration pouvant intervenir valablement à toute époque, l'individu qui n'a eu connaissance de la promesse qu'un certain temps, après avoir atteint le but qu'elle est destinée à récompenser, aura néanmoins une action en exécution pour en obtenir le montant. Comme on le voit, ce système applique à la promesse de récompense les principes relatifs à la formation des contrats entre absents. Dans la théorie précédente, le promettant est obligé sans le savoir, car il

(1) *Kritische Vierteljahresschrift*, 1869, p. 337 et s.

est lié par un fait dont il ignorera le plus souvent la réalisation, à part certains cas où elle implique la connaissance du promettant (reddition d'objets perdus, indication d'un délinquant, etc.); or, puisqu'il n'a entendu s'obliger qu'à la condition de son exécution, tant qu'il n'en a pas conscience, son obligation manque de cause, et il ne doit pas se considérer comme lié; elle n'existe qu'à l'état de simple projet révocable.

Siegel (1) voyait dans cette faculté de rétractation un danger pour le crédit : comment, dit-il, un individu se résoudrait à risquer sa peine, son argent, sa vie, s'il n'était assuré de l'irrévocabilité de la promesse? Et il en concluait que le promettant est obligé du jour même de sa déclaration; son engagement découle, non pas d'un contrat, mais de sa volonté unique; le retrait de celle-ci ne lui enlève donc pas sa force obligatoire. Regelsberger arrive au même résultat par l'idée d'une renonciation tacite au retrait, jointe à la promesse et acceptée par celui qui se met à la recherche du but poursuivi. Mais un engagement aussi rigoureux est contraire à la volonté du promettant sur laquelle on prétend le faire reposer : en effet, l'irrévocabilité, contrairement à ce qui existe en matière d'offres de contrats, serait établie pour une durée illimitée; or, il est à croire que le promettant a voulu se réserver la faculté de revenir sur son engagement, lorsque certaines circonstances lui enlèvent tout l'intérêt qu'il avait à l'exécution de l'œuvre demandée : ainsi, une commune promet une récompense à celui qui exécutera le meilleur plan d'un édifice à construire; plus tard, le pays ayant été dévasté par

(1) *Op. cit.*, p. 91-108.

la guerre, la révocation paraîtra naturelle si aucun plan ne lui a encore été présenté, car les ressources dont elle dispose recevront un meilleur emploi dans la réparation du désastre.

Seulement, ce droit absolu de révocation apparaît comme un péril pour les tièrs, dont les intérêts sont sacrifiés à tous les changements de volonté possibles du promettant. Aussi certains auteurs, entre autres Ihering (1), imposent à l'offrant l'obligation de réparer les suites préjudiciables de la rétractation par une indemnité représentative de l'intérêt négatif et non pas de l'intérêt positif, envers toute personne qui se serait mise à l'œuvre. Mais cette nouvelle obligation, qui semble moins étendue que la précédente, pourrait l'être plus dans certains cas : en effet, si les recherches jusqu'alors infructueuses ont exigé de la part de leur auteur un travail considérable, le prix de ses efforts inutilement dépensés sera supérieur à la valeur de la récompense : or l'intérêt négatif ne peut dépasser l'intérêt positif. Même la limitation de l'obligation à cette valeur sera souvent excessive, car il n'est pas certain que l'individu serait arrivé au résultat demandé ; aussi Regelsberger ne déclarait sa demande en indemnité fondée que moyennant une condition : la preuve qu'il aurait gagné la récompense si le retrait n'était pas intervenu. Au contraire, Exner estimant que cette preuve est trop délicate, impose au promettant la preuve inverse ; mais elle sera tout aussi difficile à fournir, sauf dans certains cas rares comme celui que cite Ihering : un individu se présente à une course avec un cheval absolument mau-

(1) *Op. cit.*, p. 90 et s.

vais ; il n'aura pas même droit à une indemnité pour ses frais de voyage, si la course est remise.

Le danger que nous avons signalé est de nature à s'accroître en raison de ce que la promesse est une offre à personne indéterminée ; en effet, si plusieurs personnes s'étaient déjà mises à l'œuvre au moment du retrait, si par exemple une trentaine de chimistes ont commencé des investigations tendant à la découverte d'un réactif, les indemnités qui leur seront dues s'ajouteront les unes aux autres pour atteindre un chiffre exorbitant.

Pour écarter ces difficultés, il faut admettre, croyons-nous, que l'obligation au maintien de l'offre ne prend naissance qu'au jour de l'accomplissement du fait à récompenser : ce principe sera conforme à l'intention présumée des parties. En effet, l'exécution de la prestation à laquelle est subordonnée la récompense se fera parfois attendre longtemps, car elle exige, d'abord qu'un individu tente l'entreprise, puis qu'elle soit couronnée de succès ; or, multiples sont les circonstances qui, pendant toute la durée de ce délai, sont de nature à entraîner un changement dans la volonté du promettant ; et il serait trop rigoureux de le lier à sa déclaration pendant tout le temps que nécessitera la réalisation de cette double condition ; celui qui se lance à la poursuite du but cherché doit le comprendre : tant pis pour lui si le promettant retire son offre (1).

Il n'en est plus de même lorsque la seconde condition est réalisée, car le but en vue duquel la récom-

(1) L'incapacité et la mort du promettant feront aussi tomber l'offre, mais à condition qu'elles soient publiées, pour que les tiers en aient connaissance.

pense avait été promise est atteint : le postulant a gagné sa récompense, il est juste qu'il l'obtienne ; le retrait de la promesse sera donc inefficace, et le promettant sera obligé au paiement de sa valeur du jour où il sera informé de l'exécution du fait auquel elle est subordonnée.

Bien entendu, cette obligation n'existera que s'il a eu l'intention sérieuse de s'engager ; on a voulu parfois faire une exception pour le cas où il n'a pas intérêt à la réalisation de la condition de la promesse ; exemple : un individu promet une certaine somme à celui qui découvrira un vice dans sa marchandise ; sera-t-il obligé ? Tout dépendra des circonstances : un crieur de marché qui fait une semblable promesse aura généralement voulu, non pas s'engager, mais simplement attirer la clientèle trop rare autour de lui. Mais il se peut aussi qu'un marchand se propose par cet engagement d'accroître son crédit ; il serait alors le premier à démentir celui qui oserait révoquer en doute sa ferme intention de s'obliger ; il a voulu courir un risque, faire un acte aléatoire.

Seulement, il ne faudrait pas en conclure, comme certains l'ont soutenu (1), que cet acte constitue nécessairement un pari, c'est-à-dire un contrat ne donnant naissance à aucune obligation civile : d'abord il se distingue du pari en ce sens que les deux parties n'ont jamais la possibilité d'un gain, mais courent le risque d'une perte de temps ou d'argent ; en outre, la convention ne se présente pas sous un jour aussi défavorable que le pari ; l'obtention de la prime nécessitera de la part du postulant une certaine somme

(1) Ihering : *op. cit.*, p. 89. — *Contra* : Huc, VII, p. 28.

de travail, tandis que le gain de l'enjeu d'un pari dépend du pur hasard.

En résumé, tant que la prestation n'est pas accomplie, le promettant a le droit de retrait sans être obligé à l'intérêt négatif (1); lorsqu'elle est accomplie, il est obligé, en vertu de sa volonté présumée, au maintien de la promesse; s'il retire son offre avant d'avoir acquis la connaissance de son acceptation, il devra néanmoins prêter l'intérêt positif.

II. *Étendue de la responsabilité.* — La théorie de l'engagement par volonté unilatérale offre sur la théorie de la responsabilité contractuelle une supériorité relative au degré de la faute dont le contractant sera responsable.

Dans le système de Ihering, la responsabilité de la nullité du contrat a la même étendue que la responsabilité de son inexécution; si donc cette dernière a été diminuée par une clause de non-responsabilité, la première sera réduite dans une mesure identique. Or cette conséquence sera contraire à l'intention des parties qui n'ont pas voulu atténuer leur responsabilité des fautes commises dans la formation du contrat; les raisons pour lesquelles elles ont consenti à la diminution conventionnelle de l'une ne pourront le plus souvent justifier l'atténuation qu'on voudrait apporter à l'autre. Donc, à moins d'une clause expresse, la

(1) Il ne pourrait l'être que si l'on considérait la promesse comme l'offre d'un contrat de louage d'ouvrage, acceptée par celui qui se met à l'œuvre pour atteindre le but désiré. Or, tel n'en est pas le caractère : elle est l'offre d'un contrat aléatoire, qui a pour objet une récompense subordonnée à l'exécution de la prestation demandée.

responsabilité de la nullité s'étend à toute faute légère des contractants, comme si elle était née d'un délit.

Cette proposition est le corollaire de notre théorie; en effet, l'action qui sert à la faire valoir est, non pas l'action du contrat, mais l'action issue d'un engagement unilatéral préparatoire; or le pollicitant ne saurait, par sa seule volonté, restreindre l'étendue normale de son obligation, car cette atténuation doit être acceptée par le contractant qui est appelé à bénéficier de l'engagement.

La troisième théorie réunit de la sorte les avantages des deux précédentes; mais il y a lieu de se demander encore si elle satisfait à toutes les nécessités pratiques, et si elle n'appelle pas une dernière modification : la quatrième partie de cette étude fournira la réponse à notre question.

QUATRIÈME PARTIE

Théorie objective de la responsabilité dans la formation des contrats.

CHAPITRE PREMIER

Exposé théorique.

Les théories qui précèdent, malgré les différences qui les séparent, se rapprochent par un point commun : elles considèrent que l'existence d'une faute imputable à l'un des contractants est seule susceptible de justifier sa responsabilité envers l'autre du préjudice causé par la nullité du contrat. Que cette faute crée l'obligation aux dommages-intérêts, comme le veut la théorie de la responsabilité délictuelle, ou qu'elle soit au contraire, comme le prétendent les autres, la violation d'une obligation préexistante dérivant d'un concours de volontés ou d'une volonté unique, on cherche toujours à en découvrir une, si minime soit-elle, dans la conduite du contractant.

Cette conception subjective de la responsabilité n'est pas sans danger : elle place le juge dans l'alternative suivante : ou bien ne rendre le contractant

responsable que lorsqu'une faute véritable pourra lui être reprochée; ce premier parti conduit aux conséquences les plus désastreuses en pratique, car il y a nombre de cas dans lesquels il sera injuste de faire supporter le préjudice à la partie qui l'a subi, malgré que l'autre soit exempte de faute. Ou bien rendre celle-ci responsable même dans ces hypothèses, mais en basant son obligation sur l'existence d'une prétendue faute qui en fait ne pourra être relevée à sa charge : ce second parti, moins périlleux en pratique, puisqu'il donne satisfaction aux exigences de l'équité, ne l'est pas moins en théorie, car il risque de fausser les notions juridiques, en voulant malgré tout rattacher des situations nouvelles à des principes antiques, qui n'ayant pas été établis pour elles, ne leur sont point applicables.

Ihering n'échappe pas complètement à cette dernière critique; sa théorie de la *culpa in contrahendo* tend constamment à l'exagération de la notion de faute; on la voit partout apparaître, là même où le contractant aurait observé la mesure de diligence requise d'un homme de prudence moyenne. N'allait-il pas jusqu'à dire, en parlant de l'auteur de l'offre dont le décès antérieur à l'acceptation du destinataire rend impossible la formation du contrat : « sa *culpa* consiste en ce qu'au lieu de la communication en personne, il a eu recours, au péril de l'autre partie, à un moyen qui ne présentait pas la même sécurité? (1) » Est-ce donc une faute de contracter par correspondance, parce que nous sommes sujets à la mort, qui empêchera le concours des volontés de se produire ?

Mais il y a d'autres cas où le même vice de raison-

(1) *Op. cit.*, p. 83.

nement se révèle, bien qu'à un degré moins fort : ce sont ceux dans lesquels des erreurs excusables se sont glissées pendant la conclusion du contrat ; elles peuvent provenir de deux causes : le malentendu ou la méprise ; elles diffèrent de l'erreur proprement dite en ce qu'elles n'altèrent pas les volontés des parties prises isolément ; mais toutes deux vicient le consentement, la première, parce qu'elle a pour conséquence la représentation inexacte dans l'esprit de l'un des contractants, de la volonté de l'autre dont il a eu la communication exacte, la seconde, parce qu'elle a pour résultat de fausser l'expression ou la transmission de cette même volonté.

Si nous parvenons à établir que dans ces hypothèses, il sera fréquemment impossible de relever une faute à la charge du contractant rendu responsable, nous aurons démontré par là même que sous ce nouvel aspect, la théorie de Ihering (1) est en défaut, parce qu'elle ne concorde pas avec les faits, et qu'elle appelle une dernière modification.

Lorsqu'il y a malentendu, les contractants se sont mal compris : comment donc leur en faire un reproche ? S'il a sa source dans la connaissance imparfaite de la langue dans laquelle a été passé le contrat, Ihering estime que c'est une faute de contracter dans une langue dont on ne possède pas bien le vocabulaire. Mais qui de nous peut se flatter de connaître à fond même sa langue maternelle ? Les mots ont parfois des significations variables suivant les régions du pays où on la parle, et le contractant d'origine étrangère au lieu du contrat n'aura pas eu le moindre doute que le même mot pouvait répondre à des idées

(1) *Op. cit.*, p. 67-77.

différentes ; comment la pensée lui serait-elle venue d'en faire préciser le sens ? Ceux qui le blâment auraient sans doute commis le même oubli.

Il faut en dire autant d'un malentendu portant sur la valeur des monnaies : un commerçant achète à l'étranger des marchandises pour un prix représenté par une monnaie qui a cours dans sa patrie, mais qui n'y est pas indicative de la même valeur ; vait-on lui faire grief de ne pas s'être au préalable renseigné sur le système monétaire en usage dans la contrée habitée par le vendeur ? N'est-il pas plus naturel de penser que l'acheteur devait attribuer à cette monnaie la valeur qu'elle a dans son pays ? L'identité de nom suffit à l'excuser, de même que l'identité de deux signes ou de deux abréviations qui n'ont pas le même sens.

De cette hypothèse, nous pouvons rapprocher certains cas d'erreur, qui ont une cause analogue : ainsi, un directeur de théâtre engage une chanteuse qu'il confond avec une autre portant le même nom. Un pharmacien commande chez un libraire un dictionnaire de racines qu'il refuse ensuite de retirer, parce que c'est un ouvrage de linguistique, et non pas, comme il l'avait cru, un traité de botanique médicale ; il y aurait une faute de sa part, s'il avait trouvé la mention du dictionnaire dans un catalogue divisé par sections correspondant aux diverses branches de la science, et le faisant figurer dans celle qui est consacrée à la linguistique ; la place qu'il occupe lui en eût indiqué implicitement le contenu ; mais si l'acheteur a entendu citer dans une société savante l'ouvrage de pharmacie dont l'auteur porte le même nom que l'auteur du dictionnaire de racines grammaticales, est-il coupable d'avoir ignoré cette homonymie ? Evidem-

ment non : aucun de nous n'est tenu d'emmagasiner dans sa mémoire la liste de toutes les productions de l'esprit humain.

Les méprises donneront lieu à des erreurs également regrettables, mais tout aussi excusables : par exemple, un individu charge un tiers de porter à un de ses amis un pli contenant prière pour celui-ci de donner « au porteur de la présente » une certaine somme, qu'il s'engage à lui rembourser à une date fixée ; puis le billet vient à être soustrait par un autre que celui auquel il était destiné. Dira-t-on que la désignation imparfaite du porteur du billet est une faute ? Mais le souscripteur avait peut-être intérêt à ne pas le nommer ; ou bien il a jugé cette désignation inutile sans songer à la possibilité d'une soustraction ou d'une perte qui lui paraissait irréalisable.

D'ailleurs, la même erreur est susceptible de se produire dans la circulation des titres au porteur, qui par leur nature même n'exigent pas la mention de la personne créancière de la somme qu'ils représentent. Il serait rigoureux de déclarer toujours le souscripteur en faute, sous prétexte qu'il n'a pas placé le titre en lieu sûr ou qu'il l'a signé longtemps avant de le lancer dans la circulation ; ces faits ne sont pas suffisants à incriminer sa conduite qui peut être irréprochable, s'il a pris les précautions ordinaires.

Enfin le titre à ordre n'est pas sans présenter des inconvénients du même genre : ainsi, Primus voulant expliquer à Secundus le fonctionnement d'une lettre de change, lui donne le modèle d'une traite dans laquelle Primus est tireur et Secundus preneur ; celui-ci l'endosse : la traite n'ayant pas été payée par le tiré qui est un débiteur imaginaire, et l'endosseur étant insolvable, l'endossé aura un recours contre le

tireur. Il est en faute, dira-t-on, d'avoir laissé la formule entre les mains du preneur ; n'est-il pas plutôt victime d'une confiance trop grande qu'il a eue en lui ?

Un individu qui communique sa volonté par écrit s'est trompé en employant un mot pour un autre ; le plus souvent, on considérera qu'il est en faute, car une lecture attentive de sa lettre lui aurait fait découvrir l'erreur. Mais si le contenu de cette lettre correspond exactement à sa pensée, et que la méprise de l'autre contractant provient de l'incorrection de l'écriture, allez-vous dire qu'il est en faute d'en avoir mal formé les caractères ? Sommes-nous donc obligés d'être des calligraphes ? Il y a autant de genres d'écriture que de mains différentes ; chacun de nous écrit à sa manière, espérant qu'il sera lu des autres comme il se lit lui-même.

Que penser aussi des erreurs qui se glissent dans l'envoi d'une dépêche télégraphique ? Ihering, reproduisant un raisonnement que nous avons précédemment indiqué, déclare que l'on n'est pas obligé d'avoir recours au télégraphe pour transmettre sa pensée ; on n'a qu'à employer le procédé normal qui consiste dans la communication orale ; entre deux moyens, l'un certain, l'autre incertain, on a choisi ce dernier dans son propre intérêt ; s'il a donné naissance à une inexactitude, on est en faute.

En conduisant cette idée à ses dernières conséquences, on aboutirait, non seulement à supprimer le contrat entre absents, à cause de la crainte perpétuelle dans laquelle on serait de se servir d'un procédé de communication défectueux, mais encore à entraver la formation des contrats entre présents, car la parole elle-même n'est pas un agent de transmission représentant une entière garantie. On pourrait à la rigueur

voir une faute dans le fait de se servir d'une machine récemment inventée, dont le fonctionnement est encore mal assuré, dont les premiers essais ont grande chance d'être infructueux; de la découverte on ne connaît encore que le principe; il serait donc imprudent de l'utiliser avant que la science y ait apporté les perfectionnements qui lui permettront de remplir son rôle social. Mais toute faute disparaît le jour où le mécanisme atteint un degré de précision tel que l'État l'adopte comme moyen de correspondance.

Aussi certains auteurs, sans aller aussi loin que Ihering, ont qualifié de faute, non plus l'emploi du télégraphe, mais la manière dont s'en est servi l'expéditeur de la dépêche; il aurait dû la faire répéter par le bureau de destination, pour s'assurer de la fidélité de la transmission; mais cette précaution excède les bornes d'une prudence ordinaire, et l'on n'est pas nécessairement en faute pour l'avoir omise.

Dans l'impossibilité où l'on sera généralement de trouver une faute dans la conduite de l'expéditeur, d'autres auteurs ont voulu la mettre à la charge du destinataire, parce qu'il aurait dû demander à l'expéditeur de s'engager à le garantir contre les conséquences de toute erreur; en omettant de le faire, il a approuvé tacitement le choix du moyen de transmission. N'est-ce pas se montrer trop exigeant? Le destinataire, au lieu de contrôler les termes de la dépêche, se hâtera d'agir conformément à sa teneur, d'autant plus que l'emploi du télégraphe par l'expéditeur révèle son intention de donner au marché proposé une prompte conclusion.

Entre ces deux opinions extrêmes se place le sys-

tème intermédiaire de M. Valéry (1) : dans la formation du contrat, dit-il, on rencontre trois personnes en présence : les deux contractants et l'Administration des télégraphes ; comme celle-ci est de plein droit irresponsable, le préjudice doit être nécessairement supporté par l'une des deux autres ; si donc il est permis de relever, dans l'analyse de leurs agissements respectifs, une imprudence quelconque dont l'une se soit rendue coupable, cette faute, même très légère, fait pencher la balance en faveur de l'autre, qui dès lors ne sera pas obligée à la réparation.

Ce système, quoique séduisant, nous semble tomber sous la même critique que les précédents ; souvent il sera inadmissible, humainement parlant, de considérer comme une faute l'acte reproché soit à l'un, soit à l'autre des contractants. On va s'en rendre compte par l'examen de quelques espèces de jurisprudence que nous empruntons à l'ouvrage de M. Valéry.

Une maison de Cologne télégraphie à un banquier de Francfort de lui vendre pour son compte un certain nombre d'actions de sociétés déterminées représentant une somme assez considérable ; mais la dépêche remise au destinataire portait, au lieu du mot *verkaufen* qui signifie vendre, le mot *kaufen* qui signifie acheter ; la maison de Cologne fit annuler l'achat qui avait été exécuté conformément au contenu du télégramme, afin d'échapper à la demande de remboursement que lui avait adressée le banquier ; mais elle fut condamnée à juste titre à lui payer une indemnité égale à la différence entre les prix d'achat et de revente des actions, provenant de la baisse des

(1) *Op. cit.*, p. 346 et s.

cours qui s'était produite dans l'intervalle de ces deux opérations. M. Valéry observe que l'expéditeur aurait dû demander le collationnement de la dépêche à cause de l'importance de la vente; sans doute, c'eût été une mesure de prudence; mais il ne s'en suit pas que le fait de l'avoir omise le constitue en faute; sinon, il faudrait en dire autant de l'absence de recommandation des lettres.

Un commerçant de Paris avait, par l'entremise de son correspondant, vendu des laines à un acheteur d'Amiens au prix de 140 francs; mais ce chiffre était inférieur de 25 francs à celui qu'il avait indiqué sur la minute de la dépêche mentionnant les conditions de la vente; il y avait donc défaut de consentement du vendeur. L'arrêt de la Cour d'Amiens du 11 mai 1854 (1) en tirait avec raison la conclusion suivante : « L'acte fait par un mandataire en vertu d'une copie du mandat erronée doit être considéré comme non avenu, s'il dépasse les pouvoirs déterminés par l'original même du mandat qui lui avait été donné; ces principes doivent recevoir leur application, non seulement entre le mandant et son mandataire, mais aussi à l'égard des tiers envers lesquels le mandant ne peut jamais être engagé au-delà des termes du mandat qu'il a réellement donné. » Les deux contrats de mandat et de vente étant nuls pour défaut de consentement, l'acheteur n'avait pas droit à une indemnité pour inexécution du contrat, et le mandataire ne pouvait invoquer les articles 1999 et 2000 pour réclamer le remboursement des frais nécessités par l'exécution du mandat. Et cependant, n'avaient-ils pas le droit l'un et l'autre à une indem-

(1) D., 59, 2, 147.

nité représentative du préjudice qui leur était causé par suite de la nullité des contrats, et qui consistait dans les dépenses par eux faites en pure perte ? La Cour la leur refuse, parce que l'erreur provient « d'un fait auquel le mandant est entièrement étranger, et qu'on ne peut lui imputer de ne l'avoir pas prévenue par le moyen peu usité de la recommandation de la dépêche. » M. Valéry pense qu'elle aurait été évitée si l'expéditeur avait écrit le prix de vente en lettres. Nous ferons la même réponse que dans le cas précédent : c'est possible ; mais fût-ce même certain, il nous paraît rigoureux de dire que le vendeur est en faute de n'avoir pas pris cette sage mesure de précaution.

D'ailleurs il y a des hypothèses dans lesquelles M. Valéry lui-même est obligé de reconnaître l'absence de faute sérieuse de la part de l'expéditeur : ce sont celles où la dépêche, au lieu d'être altérée, a subi un retard dans sa transmission. Exemple : un individu de Melle (Deux-Sèvres) avait demandé des marchandises par voie télégraphique à un négociant en le priant de lui répondre par la même voie avant midi ; la réponse fut envoyée à 10 heures et demie ; mais l'employé du télégraphe dirigea la dépêche sur Marseille, croyant que Melle était l'abréviation du nom de cette ville ; aussi n'arriva-t-elle qu'à 7 heures du soir au destinataire qui, ayant conclu un marché avec un autre vendeur, refusa l'acceptation tardive qu'elle portait. Son correspondant lui ayant intenté une action en dommages-intérêts fut débouté de sa demande par un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 12 décembre 1862 (1).

(1) *Le Droit*, du 24 déc. 1862.

M. Valéry essaie d'abord de voir une faute dans l'omission par l'expéditeur de l'indication du département où se trouve le lieu de destination ; mais il a pu croire qu'il était suffisamment connu pour qu'il ne soit pas indispensable d'en préciser la position, d'autant plus que l'Administration télégraphique ne la lui avait pas demandée au moment de la remise de la dépêche. Aussi M. Valéry déclare en définitive le destinataire irresponsable, parce que ni l'une ni l'autre des parties n'étant en faute, le dommage causé résulte d'un cas fortuit dont les conséquences doivent retomber sur celle qui l'éprouve.

Cette conclusion peut être juste en l'espèce. Mais si on l'érige en règle générale, si l'on décide que la responsabilité du cas fortuit incombe toujours à celui qui en est la victime, on consacre un principe dont nous avons au début de cette théorie signalé l'iniquité ; si l'on admet avec nous que l'expéditeur de la dépêche ne sera généralement pas en faute, faudra-t-il donc le rendre irresponsable du préjudice subi par le destinataire, ainsi que l'a jugé la Cour d'Amiens ? Et cependant n'en est-il pas au moins la cause indirecte et ne doit-il pas à ce titre en supporter une part, ainsi que l'avait décidé le Tribunal de Cologne ?

L'injustice apparaît plus grande encore si l'on considère, non seulement cette hypothèse spéciale de contrat manqué, mais d'une façon générale tous les cas de nullité susceptibles de se présenter : combien de fois en effet n'auront-ils pas leur source dans une erreur excusable, qui par exemple aura empêché l'un des contractants de connaître la situation juridique de l'objet par lui vendu, de prévoir les circonstances qui sont de nature à entraîner un revirement de sa volonté (révocation d'une offre ou retrait d'une

promesse), de savoir exactement quelle est la personne avec laquelle il a contracté, en un mot d'être sûr de son fait? Si l'on reconnaît alors qu'il n'a pas commis de faute, devra-t-on laisser son cocontractant sans recours en indemnité contre celui qui est la cause involontaire il est vrai, néanmoins certaine du dommage subi?

Une telle solution suffit à démontrer la fausseté du principe d'où elle découle; il faut donc le rejeter comme étant en opposition ouverte avec l'équité. Mais par contre, il ne faut pas vouloir nécessairement expliquer la responsabilité du contractant par une présomption de faute: maintes fois, nous l'avons vue en discordance avec la réalité des faits; d'autre part elle est contraire aux principes du droit.

En effet, admettons que la nullité provienne toujours d'une faute commise par l'un des contractants; les principes de la responsabilité contractuelle ne nous permettent pas de déterminer auquel des deux elle est imputable. Sans doute, lorsqu'un contrat est valablement formé, la partie qui n'exécute pas son obligation est présumée en faute. Mais si le contrat est entaché de nullité, cela peut tenir à l'une des trois causes suivantes: le cas fortuit, ou la faute soit de l'un, soit de l'autre des contractants; si aucun d'eux n'apporte la preuve du cas fortuit, l'option reste encore possible entre les deux autres hypothèses. Chacune des parties a pris l'engagement de s'abstenir de faute dans la formation du contrat; mais avant de présumer la faute de l'une plutôt que la faute de l'autre, il faut déjà connaître celle qui n'a pas exécuté son obligation; et alors la théorie de la responsabilité fondée sur un engagement volontaire va nécessiter une preuve aussi délicate que celle qui est à la base de la res-

ponsabilité délictuelle. Le renversement de preuve, qui semblait être l'un des avantages principaux de cette théorie, n'en est donc nullement la conséquence logique.

Même si on l'admet, la présomption de faute à la charge de l'un des contractants ne peut s'induire que d'un signe matériel, d'un rapport extérieur entre ce contractant et la source du dommage ; c'est cette relation qu'il nous faut rechercher. Mais alors, lorsque nous l'aurons trouvée, nous ne dirons plus, comme nous l'avons fait jusqu'à présent pour nous conformer au langage traditionnel, qu'elle est la base d'une présomption de faute, car ce serait reconnaître au contractant sur qui elle pèse la faculté de la détruire par la preuve contraire ; nous serions ainsi ramené à une solution que nous avons condamnée en raison de son iniquité. Nous dirons, ce qui sera plus conforme à la vérité et à la justice, que ce rapport est lui-même et à lui seul le fondement de la responsabilité, sans qu'on ait à se préoccuper du point de savoir s'il révèle l'existence d'une faute, qui sera la plupart du temps difficile, presque impossible à discerner.

Commençons donc par poser en thèse que l'erreur, à laquelle se ramènent toutes les causes de nullité des contrats, n'est généralement pas le résultat d'une faute imputable à l'un des contractants, bien qu'il doive réparer le préjudice dont elle est la source plus ou moins rapprochée. C'est une situation qui n'est pas sans précédent dans notre législation : la loi du 8 juin 1893 n'a-t-elle pas créé l'obligation pour l'État d'indemniser la partie victime d'une erreur judiciaire, alors que cependant les magistrats qui ont rendu le jugement de condamnation auront agi avec la plus

grande circonspection ? Or, le principe qu'elle a établi pour la réparation des erreurs judiciaires, pourquoi ne l'appliquerions-nous pas à la réparation des erreurs qui ont empêché le contrat de se former valablement ? Les contractants, eux aussi, ne se sont-ils pas trompés, parce qu'en dépit de toutes les mesures de prudence, leurs prévisions sont venues se heurter impuissantes à la barrière de l'inconnu ?

Je vais plus loin : lors même que le psychologue croirait découvrir dans leurs agissements cette imprévoyance coupable, qui est la caractéristique de la faute, le juriste devra dans bien des cas refuser d'en reconnaître l'existence, parce que l'imprudence alléguée ne doit pas être envisagée d'une manière abstraite, en dehors du milieu social dans lequel son auteur l'a commise et qui en a facilité l'éclosion ; parce qu'elle est le résultat inévitable des conditions de la vie commerciale moderne ; parce que la multiplicité et la rapidité des opérations favorisent les omissions, éloignent l'extrême précaution qui imposerait à l'individu une retenue exagérée, une observation constante de soi-même, qui serait pour lui un frein dangereux, destructif de toute activité : l'intensité de la faute décroît en raison directe de l'importance du développement économique. De sorte que, de toutes façons, l'erreur se manifeste à nous comme un risque inhérent, soit aux imperfections de la nature de l'homme, soit à la structure de l'organisme social dans lequel se meut son activité ; il s'agit alors d'en répartir la charge entre les deux contractants, de la façon la plus équitable. Ce n'est là, d'ailleurs, que l'une des applications du problème général de la répartition des risques entre deux personnes coopérant en vue d'un but déterminé.

Les auteurs qui ont entrepris de le résoudre se sont attachés à la recherche d'un critérium précis, applicable à toutes les hypothèses : c'est peut-être en cela que consiste le vice de la méthode, car l'infinie variété des situations en face desquelles on est appelé à se trouver, exige une solution qui ait elle-même assez de souplesse et de largeur pour s'adapter aux unes et aux autres. Telle est la critique que M. Rümelin (1) adresse aux systèmes allemands, et qu'il nous sera peut-être permis de faire à la théorie de M. Saleilles (2). Prenant pour point de départ la question très controversée sous l'empire du Code civil, de la responsabilité patronale relative aux accidents de travail, M. Saleilles s'est élevé à la conception d'une théorie générale de la responsabilité, dont la formule n'est autre que le principe de l'article 1382 interprété littéralement, contrairement à l'opinion courante; c'est-à-dire que tout *fait* de l'homme obligerait son auteur à la réparation du dommage causé à autrui, même en l'absence d'une faute de sa part.

Sans vouloir discuter cette doctrine au point de vue des textes, auxquels elle attribue un sens et une portée peu conformes à la tradition historique, nous n'en retenons que la règle qu'elle édicte comme devant être la base de la responsabilité dans le droit moderne : chacun de nous est responsable du dommage occasionné par son activité propre; il suffit que le fait qui lui a donné naissance ait été voulu par son auteur; peu importe que ses conséquences ne l'aient pas été. « Ce n'est pas le fait d'exister qui

(1) *Culpahaftung und Causahftung*, dans *Civ. Arch.*, 1898, p. 285.

(2) *Les Accidents du travail et la responsabilité civile*.

comporte des risques : c'est le fait d'agir ; l'existence passive subit les coups : l'existence active les donne ; la responsabilité ne doit-elle pas être pour cette dernière ? » La notion du cas fortuit exclusif de toute responsabilité se restreint donc uniquement aux cas où il y a eu absence totale de volonté, dans lesquels l'agent n'a joué qu'un rôle mécanique, sous l'impulsion d'une force extérieure qu'il a été impuissant à dominer.

Cette conception, présentée avec un tel caractère de généralité, n'est pas à l'abri de la critique ; si elle produit d'excellents résultats dans son application à la responsabilité des accidents du travail, dans d'autres cas, elle conduit à des solutions dont la justesse est plus douteuse. Il faudrait en conclure, par exemple, que le médecin doit être responsable de la mort occasionnée par l'insuccès de la cure d'un malade ; tandis qu'au contraire, il a besoin de l'irresponsabilité (la faute lourde exceptée) pour agir sans crainte, sans avoir constamment devant les yeux la perspective d'une condamnation, de même que l'ouvrier trouve dans la responsabilité de son patron une sécurité, grâce à laquelle il se sent plus fort en présence de l'imminence du danger (1).

Il en est de même en notre matière : le *Veranlassungsprinzip*, ou *Verursachungsprinzip*, c'est-à-dire le principe de l'occasion du dommage, adopté par M. Melliger (2), donnera, suivant les circonstances, de bons ou de mauvais résultats. Quiconque, en vertu de cette idée, prend l'initiative de la formation d'un contrat, serait responsable du dommage causé à son cocon-

(1) V. Lévy : *Rev. critique*, 1899, p. 373.

(2) *Op. cit.*, p. 119 et s.

tractant par la nullité; le risque des conséquences préjudiciables de cette dernière retomberait donc sur celui qui a fait à l'autre la proposition de contrat, puisque c'est son activité personnelle qui en est la cause indirecte.

Cette solution sera équitable dans les hypothèses suivantes: une vente conclue sur l'invitation du vendeur est nulle pour objet illicite; un contrat a été annulé parce que le consentement de la partie qui en avait proposé la formation était vicié par suite d'une erreur sur la substance, ou sur la personne de son cocontractant; l'offre adressée dans un contrat par correspondance a été révoquée par son auteur.

Mais qui ne sent qu'elle froisserait le sentiment de la justice lorsque la vente a été proposée par l'acheteur, lorsque l'erreur provient de celui à qui avait été adressée l'offre de contracter? Exemple: j'accepte la proposition d'un peintre de me faire un tableau; l'ouvrage une fois achevé, je fais annuler le contrat parce que je me suis trompé sur sa personne; lui refusera-t-on une indemnité sous prétexte qu'ayant pris l'initiative du contrat, il doit subir les conséquences plus ou moins éloignées de son activité? Et cependant, n'a-t-il pas eu toute raison de croire que je ne me faisais pas illusion sur son identité ou qu'il m'était indifférent de la connaître, ne lui ayant pas demandé de renseignements à ce sujet? Si donc l'annulation que j'ai fait prononcer lui a causé un préjudice, sa situation n'est-elle pas également intéressante, quel que soit celui de nous deux qui ait proposé le contrat à l'autre? Et il faut en dire autant de l'acheteur.

Cette théorie ne saurait donc s'imposer comme une règle qui dût lier le juge en toute hypothèse. Il faut

se défier de ces constructions juridiques qui, édifiées pour un cas particulier, ont été l'objet d'une généralisation trop hâtive. Si l'on ne trouve pas de principe assez large pour s'appliquer à toutes les situations, mieux vaut encore rechercher pour chacune d'elles la décision qui semble la plus équitable : cette multiplicité de solutions justes aura sans doute la préférence sur l'unité d'un principe qui ne le serait qu'en partie. Telle est la méthode que nous croyons rencontrer dans un article de M. Unger (1) concernant la nullité pour erreur.

Son étude porte uniquement sur l'examen de ce cas spécial ; elle aboutit à la conclusion suivante : tout individu qui exprime une déclaration de volonté doit en répondre sans restriction vis-à-vis de son cocontractant. C'est une vérité qui trouve sa justification dans une considération morale supérieure : celui qui traite une affaire, qui agit dans son intérêt, doit le faire à ses propres risques, et non aux risques d'un autre (*Eigenes Interesse, eigene Gefahr; fremdes Interesse, fremde Gefahr*) ; il serait indigne d'un homme loyal de rejeter sur d'autres les conséquences préjudiciables de son erreur (*so irre ich, irre ich mir*). Ainsi, dans ce cas particulier de nullité résultant d'un vice du consentement, la responsabilité de celui qui s'est trompé apparaît comme intimement liée à la satisfaction de ses intérêts personnels, dont il cherche la réalisation par les avantages que doit lui procurer le contrat ; le risque des suites de son erreur est la rançon que doit payer son activité s'exerçant dans un but intéressé.

(1) *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1888, p. 673 et s.

Mais il serait difficile d'étendre cette solution à d'autres cas de nullité non examinés par l'auteur : par exemple, une vente est nulle comme ayant un objet illicite, et les deux parties sont de bonne foi ; l'erreur étant commune, il s'en suivrait que l'acheteur qui aurait subi un préjudice par suite de la nullité n'aurait jamais droit à une indemnité, car il s'est trompé tout aussi bien que le vendeur, en agissant comme lui dans son intérêt propre ; il doit donc y avoir une raison spéciale de faire supporter ce préjudice au vendeur plutôt qu'à l'acheteur. Serait-ce parce que, des deux erreurs dans lesquelles sont tombés les contractants, l'une est plus coupable que l'autre ? Nous avons écarté ce motif par avance puisque nous supposons que le vendeur n'est pas en faute, et que par conséquent, les deux erreurs sont également excusables. La véritable raison, c'est que l'acheteur a pensé que le vendeur, par sa situation relativement à la chose vendue, était mieux placé que lui pour savoir si elle pouvait légalement former l'objet d'un contrat de vente ; peu importe qu'en fait il ait été ou non mieux renseigné que lui sur sa condition juridique ; celui qui s'en rend acquéreur a cru qu'il était plus facile à l'aliénateur qu'à tout autre de s'en rendre compte. Or c'est cette bonne foi que le droit doit protéger sous peine de porter atteinte au développement des relations contractuelles, parce qu'elle est légitime, parce qu'elle dérive de la nature des choses, parce qu'elle est basée sur un signe matériel, sur un rapport extérieur, en un mot sur une apparence, et que le droit doit prendre en considération les apparences, comme étant le principal mobile des actions humaines.

L'importance de cette considération n'a pas échappé

à Unger ; celui, dit-il, qui transmet une déclaration de volonté personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, doit l'envoyer à ses propres risques, parce que celui qui la reçoit a bonne confiance en elle, c'est-à-dire qu'il la suppose conforme à la volonté de son auteur. C'est aussi la théorie de Eisele : pour lui, l'obligation du contractant qui s'est trompé repose uniquement sur le *postulatum* de la bonne foi, qui doit non seulement gouverner les relations juridiques une fois existantes, mais encore en rendre possible la naissance ; il serait contradictoire de lui attribuer pleine puissance dans un cas, et de ne lui en reconnaître aucune dans l'autre (1). Or ne pourrait-on généraliser cette idée, et voir dans la confiance légitime de l'un des contractants en la validité du contrat, le critérium de la responsabilité de celui qui le fait annuler ?

On aurait ainsi un principe laissant au juge une latitude d'appréciation suffisante, pour étudier dans chaque espèce quelle est, d'après l'examen des circonstances de fait, celle des deux parties qui paraît le plus digne de protection. Il est vrai que par sa largeur même, il prête le flanc à la critique ; et certains auteurs n'ont vu en lui que l'expression d'une de ces vérités évidentes, se tenant prudemment à l'écart des difficultés (2). Mais tout autre système encourt, à mon avis, le reproche inverse de n'être pas assez nuancé, de vouloir ramener la solution de toutes les questions à l'application d'une règle inflexible, sans

(1) *Ueber die Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Uebereinstimmung der Willen der Contrahenten*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1887, p. 472 et s.

(2) V. Melliger : *op. cit.*, p. 117 et s.

permettre au juge d'étudier la situation respective des contractants, dans l'examen de laquelle il puisera cependant les meilleurs éléments de sa décision. Or, de cette comparaison seule peut procéder une équitable répartition des risques, car il faut toujours en exonérer celui qui, par sa situation vis-à-vis de son cocontractant, mérite qu'on lui porte intérêt. C'est donc la bonne foi qui doit être en cette matière le suprême régulateur, et il est inutile de faire appel à d'autres considérations pour fonder le droit à la réparation de celui qui a eu dans la stabilité du contrat une foi justifiée.

La théorie que nous adoptons est celle qui fut soutenue en dernier lieu par Windscheid (1). Il n'est pas sans intérêt d'exposer quelle avait été l'idée première de l'auteur, et quelle modification il lui a fait subir pour lui donner son expression définitive.

Windscheid n'admettait pas que dans les contrats entre absents, l'offrant fût obligé de maintenir sa proposition pendant un certain délai; il ne reconnaissait en principe comme engagements volontaires valables que ceux qui prennent leur source dans les contrats, et refusait toute force obligatoire à la volonté unilatérale. C'était donc admettre la possibilité du retrait de l'offre, mais à charge par l'offrant de prêter au destinataire une indemnité réparatrice du préjudice que lui causait la nullité du contrat pour défaut de consentement.

Nous avons vu précédemment les motifs qui avaient empêché de rattacher à la théorie de Ihering cet ancien cas d'application de l'intérêt négatif. Or Windscheid avait émis l'idée que la responsabilité de

(1) *Pandekten*, 7^{me} édit., II § 307, n. 3.

l'offrant découlait d'un contrat tacite de garantie, en vertu duquel il se constituait en quelque sorte l'assureur du destinataire contre les chances possibles de révocation.

Ce système était critiquable : d'abord il revenait à l'idée d'une responsabilité contractuelle, qui semble insoutenable dans cette hypothèse, attendu qu'il n'y a pas eu concours de volontés. De plus, il comportait une part d'artifice qui le mettait en contradiction avec la réalité ; il semble en effet difficile de présumer chez l'un des contractants l'existence d'un engagement par lequel il garantit à l'autre la réparation du préjudice que subira ce dernier même sans sa faute. Qu'on suppose de sa part l'engagement d'indemniser la partie adverse du dommage qu'il lui a causé par sa faute, rien de plus naturel ; mais aller au delà, c'est admettre une présomption qui ne repose sur aucune base réelle ; et si l'on pénétrait dans l'analyse des intentions, on devrait plutôt présumer que le contractant a entendu se soustraire à l'obligation de réparer le dommage occasionné par lui sans sa faute. Si donc on l'en rend responsable, cette responsabilité découle, non pas d'un engagement volontaire qui le plus souvent fera défaut, mais de la loi positive ou de la justice qui voit en elle le seul moyen de concilier les intérêts des parties en cause et d'assurer la sécurité des rapports contractuels.

Aussi Goldschmitt (1), appréciant cette idée de garantie présentée également par Regelsberger, la considérait comme une conception concevable, mais inutile, et trouvait plus simple de faire reposer l'obligation de l'offrant sur la bonne foi ; elle exige que le

(1) *Zeitschr. f. Handelsrecht*, 1869, p. 335.

destinataire ne soit pas déçu dans ses espérances par un retrait qui empêche la formation d'un contrat sur lequel il était en droit de compter ; peu importe que l'offrant soit ou non en faute. Regelsberger (1), tenant compte de cette observation, justifia la responsabilité de celui qui fait annuler un contrat pour erreur, par une obligation de garantie non plus volontaire, mais légale ; et il en cherchait l'origine historique dans la conception de l'ancien droit germanique qui obligeait l'auteur d'un fait à la réparation du préjudice causé même sans sa faute.

De même Windscheid admit dans la dernière édition de ses Pandectes que la responsabilité de l'offrant est légale, et généralisa cette idée en en faisant l'application aux autres cas de nullité. Le droit oblige tout contractant dont la déclaration avait inspiré à son cocontractant la confiance dans l'acquisition d'un droit de créance issu du contrat, à réparer le préjudice causé à ce dernier, lorsque l'acquisition ne peut se réaliser pour un motif qu'il ne connaît pas ou n'est pas tenu de connaître. C'est la théorie même à laquelle nous nous sommes rallié. Reste un dernier point : pouvons-nous la transplanter dans notre droit français, ou devons-nous ne voir en elle qu'une théorie législative, qu'il serait assurément désirable de rencontrer dans nos lois, mais dont il faut regretter l'absence dans notre Code ?

En supposant même qu'elle fût absente du Code civil, ce ne serait pas une raison pour en rejeter l'application. En effet, l'article 1599 se réfère à une hypothèse de contrat manqué par la faute de l'un des contractants ; si donc nous n'avions que cet article, nous

(1) *Endemann's Handbuch*, p. 413 et s.

pourrions nous contenter de dire : l'article 1599 supposant l'existence d'une faute, le législateur n'a pas tranché la question de savoir qui doit supporter le dommage occasionné par la nullité, lorsque aucun des contractants n'est en faute ; c'est donc à l'interprète à la résoudre par une solution équitable ; et nous n'aurions plus qu'à renvoyer à la théorie précédemment exposée. Mais cette argumentation pourrait sembler insuffisante à ceux qui contesteraient la justesse de cette méthode d'interprétation ; aussi devons-nous essayer de montrer qu'elle n'est pas inconciliable avec certaines dispositions de notre Code ; et de même que nous avons rattaché la théorie de Ihering à l'article 1599, nous croyons possible de rattacher la théorie de Windscheid aux articles 1643 et suivants.

Les auteurs présentent généralement la garantie des vices comme une obligation de même nature que la garantie d'éviction : le vendeur, dit-on, s'engage à transmettre à l'acheteur une jouissance non seulement paisible, mais encore utile ; l'éviction ou la révélation d'un vice constitue la violation de cette obligation, dont l'inexécution fautive engendre la responsabilité du vendeur. Et cependant, si les deux sortes de garanties n'étaient que les deux faces d'une seule et même obligation reposant sur une base juridique constante, il s'en suivrait nécessairement que cette obligation produirait des conséquences identiques dans les deux domaines où elle reçoit son application. Or, de la comparaison des textes, ressort une différence très nette entre les indemnités que l'acheteur obtient dans l'un et l'autre cas.

L'article 1630 lui accorde l'intégralité des dommages-intérêts qui ont été prévus lors du contrat : au

contraire, l'article 1644 ne lui permet de réclamer qu'une indemnité restreinte. Par l'action en résolution, l'acheteur recouvre le prix qu'il avait payé, moyennant restitution de la chose vendue ; il évite ainsi la perte qu'il aurait éprouvée s'il avait conservé dans son patrimoine un objet déprécié par le vice ; mais ce vice a pu entraîner la détérioration d'autres objets qui lui appartiennent ; or la résolution de la vente ne lui procure pas la réparation de ce préjudice extrinsèque. Et il serait difficile de justifier cette omission par la raison que Pothier en donne en matière de garantie d'éviction : à savoir, qu'ordinairement un tel préjudice n'aura pas été prévu par les parties. La présomption inverse devra être accueillie toutes les fois que la nature de l'objet vendu impliquera que le vendeur n'avait aucun doute sur sa destination. Ainsi, supposons avec Pothier (1) qu'un marchand vende un tonneau ; si l'acheteur et le vendeur habitent un pays vignoble, le vendeur a dû prévoir que l'acheteur avait l'intention d'y mettre du vin ; et pourtant si plus tard il se révèle dans le fût un vice qui a produit la décomposition du liquide rendu impropre à toute espèce d'usage, le vendeur ne sera pas obligé d'en payer la valeur.

Par l'action en réduction, l'acheteur conservant la chose viciée obtient, dit Pothier, « une diminution sur le prix de ce qu'on estimera que la chose, par rapport à ce vice, vaut de moins qu'elle n'a été vendue ». Ainsi, supposons que l'objet vendu, acheté 15, vaille 20 sans le vice qui l'entache et qui en réduit la valeur vraie à 10 : le vendeur rendra 5, et non pas 10 ; on ne tient donc pas compte, dans ce calcul, de la

(1) *Vente*, n° 242 et s.

valeur exacte de l'objet lors de la formation du contrat, mais du prix qui en a été payé par l'acheteur ; or la différence entre ces deux quantités représente un gain que l'acheteur croyait avoir réalisé, et qui est définitivement perdu s'il ne reçoit aucune indemnité en compensation.

Ainsi, qu'elle exerce l'une ou l'autre des deux actions entre lesquelles elle a le choix, la victime du vice n'obtient pas une réparation adéquate au préjudice qu'elle a souffert ; donc cette indemnité n'est pas la sanction d'une responsabilité basée sur une présomption de faute du vendeur : quel en est alors le caractère ?

Si l'on compare la garantie d'éviction et la garantie des vices, au point de vue des modifications qui ont été successivement apportées dans la quotité de l'indemnité allouée à l'acheteur, on arrive à une constatation digne de remarque. Les dommages-intérêts dus à l'acheteur évincé, fixés originairement à un quantum invariable, le double du prix de vente, ont été ensuite calculés de façon à fournir à l'acheteur l'équivalent exact du préjudice causé par la privation de jouissance. Au contraire, l'indemnité accordée à l'acheteur d'une chose viciée, évaluée d'abord à un chiffre fixe, est restée une sorte de tarif constant pour chaque hypothèse de vente, et dont l'application, au lieu de comporter des variations correspondantes à la diversité du préjudice ressenti par les acheteurs, s'opère d'après une règle uniforme ; la seule différence à noter, c'est l'abaissement de ce tarif, dont le faux originaire était élevé, comme celui de toutes les indemnités du droit primitif destinées à remplacer les anciennes compositions : les dommages-intérêts, qui étaient autrefois égaux au

double du prix de vente (1), ne représentent plus que l'excédent de ce prix sur la valeur de la chose viciée. Mais l'indemnité a conservé son caractère de forfait égal pour toutes les opérations similaires, différente en cela de l'indemnité pour éviction, qui est la représentation exacte du préjudice souffert : qu'est-ce à dire, sinon que ces deux indemnités sanctionnent des responsabilités de sources différentes ?

L'une a son origine dans une faute du vendeur, qui aurait pu certainement, avec quelque attention, découvrir l'absence de son droit de propriété sur l'objet vendu ; c'est pourquoi on l'oblige à la réparation intégrale. L'autre n'est pas la conséquence de sa négligence, car le plus souvent il lui aurait été impossible de découvrir l'existence du vice, même par une recherche minutieuse ; aussi Pothier, dans l'exemple que nous avons rapporté, ne considérerait le marchand en faute que s'il était en même temps fabricant, c'est-à-dire si par sa profession, le vendeur était censé connaître les vices de la chose vendue. Mais dans toute autre circonstance, cette présomption tombera, et l'apparition du vice, que personne n'a pu constater par un examen attentif, se présentera comme un accident, comme un risque : c'était déjà l'explication que Brinz (2) donnait pour le droit romain. Donc, puisqu'il s'agit, non pas d'une responsabilité pour inexécution fautive des obligations issues de la vente, mais d'un risque à subir, on comprend que l'indemnité à payer soit évaluée d'après une moyenne uniforme pour tous les acheteurs, au lieu de se mesurer

(1) Girard : *Manuel de Droit romain*, p. 547.

(2) *Pand.*, § 327. — Cf. Saleilles : *Th. de l'oblig.*, p. 225 et s.

au dommage individuellement souffert par chacun d'eux.

Le fondement que nous assignons à la garantie n'est pas en contradiction avec le principe posé par l'article 1138, al. 2, qui laisse les risques à la charge de l'acheteur. En effet, les motifs généralement invoqués pour justifier cette disposition sont inapplicables dans notre hypothèse, parce que le risque n'a pas la même source dans les deux cas. L'événement fortuit prévu par l'article 1138 provient d'une cause étrangère à l'objet vendu ; au moment de la formation du contrat, il existe dans son intégrité matérielle ; le consentement de l'acheteur n'est pas vicié, parce qu'il a été déterminé par des apparences répondant à la réalité. Si donc le cas fortuit survenant après la conclusion du contrat enlève au vendeur la possibilité d'exécuter l'obligation de délivrance, l'acheteur n'en devra pas moins payer le prix, parce que, disent les uns, le contrat l'a rendu propriétaire, ou bien, prétendent les autres, parce que les contractants ont considéré qu'une fois le contrat formé, les obligations qui en sont nées sont indépendantes, et l'acheteur est réputé avoir atteint son but dès qu'il est devenu simplement créancier de la chose vendue.

Au contraire, le cas fortuit produit par l'apparition du vice postérieurement à l'exécution de l'obligation de délivrance, provient d'une cause au moins contemporaine de la formation du contrat ; dès cette époque, elle existait dissimulée par l'objet lui-même, dont l'aspect extérieur a trompé l'acheteur sur son véritable état matériel. S'il en avait eu conscience, il aurait acheté la chose à un prix inférieur à celui qu'il a payé ou peut-être ne s'en serait pas rendu acquéreur ; or sa situation ne doit pas être modifiée.

par ce fait que le vice, existant au moment de la formation du contrat, ne s'est manifesté qu'après l'exécution ; elle ne pourrait l'être que si l'on faisait retomber sur lui les conséquences de son erreur, que si on le considérait comme ayant agi à ses risques et périls : ce qui serait injuste, car il n'a donné son consentement à la vente que dans sa croyance à l'absence de vice de la chose vendue, pensant à juste titre que le vendeur était mieux placé que lui pour en apercevoir les défauts. Sa dépréciation de valeur sera donc à la charge du patrimoine du vendeur, de même qu'il l'aurait supportée si le vice s'était révélé au plus tard lors de la conclusion de la vente, c'est-à-dire à une époque où l'acheteur n'était pas encore devenu propriétaire ni créancier.

Ainsi, le vendeur d'une chose viciée est responsable d'une partie du préjudice causé à l'acheteur, non pas parce qu'il est en faute d'avoir ignoré l'état de l'objet vendu, mais parce qu'il était plus à même que l'acheteur de le connaître. C'est dans ce sens tout relatif, dit Eisele, que sont pris les mots *potuit enim ea nota habere venditor* de la loi 1 § 2, Dig., 21-1.

Cette responsabilité, dont nous venons d'indiquer la base juridique, découle-t-elle d'une garantie conventionnelle ou d'une garantie légale ? La première opinion est généralement admise. Néanmoins nous préférons la seconde, et nous ne reconnaissons le caractère contractuel qu'aux obligations sanctionnées par l'action *ex emto*, c'est-à-dire celles qui se réfèrent aux vices dont l'absence a été expressément déclarée par le vendeur, ou dont l'ignorance provient de sa faute. Mais il nous semble difficile de faire rentrer parmi ses engagements volontaires tacites, celui de réparer le dommage causé sans qu'aucune faute ne

lui soit imputable. Nous caractériserons donc la garantie des vices, en disant qu'elle est l'obligation imposée par la loi au vendeur d'assumer le risque des détériorations qui enlèvent à la chose vendue une partie de l'utilité que l'acheteur espérait en retirer, et dont la cause existait au moment de la vente.

Nous allons maintenant démontrer que cette responsabilité peut être étendue par voie d'analogie aux différents cas de contrat manqué. D'abord, bien qu'elle soit appliquée dans une hypothèse où le contrat est valable, elle tend à replacer les contractants dans la situation où ils étaient avant sa conclusion : ceci ne fait pas doute lorsque l'acheteur la met en jeu par l'action en résolution. Quant à l'action en réduction, son exercice implique, il est vrai, que l'acheteur a l'intention de maintenir le contrat dans une certaine mesure, en usant du pouvoir exorbitant qu'il tient de la loi de refaire la convention sur des bases nouvelles et par sa seule volonté ; mais c'est une action tout exceptionnelle que nous pouvons laisser de côté, pour nous occuper uniquement de l'action en résolution qui a un effet analogue à l'action en nullité.

Une seconde ressemblance existe entre nos deux actions, au point de vue du but qu'elles poursuivent : par l'une, le contractant se propose de se faire indemniser du préjudice qu'il souffre par suite d'un vice matériel, affectant la matière même à laquelle se rapporte l'objet du contrat ; par l'autre, il cherche à obtenir réparation du dommage causé par un vice juridique, altérant le consentement ou affectant l'objet du contrat. Or, quelle que soit la nature du vice, les conséquences qu'il engendre doivent être identiques et se justifier par les mêmes considérations. Ainsi, supposons un contrat nul pour objet impossible ou

illégal : l'impossibilité physique ou juridique sera placée sur la même ligne que l'impossibilité économique, c'est-à-dire que dans les deux cas, le risque du vice sera supporté par la partie qui, vu sa situation, était mieux placée que l'autre pour le découvrir.

— Pareillement, supposons un contrat annulable pour erreur sur la substance : l'erreur de l'acheteur sur les défauts de la chose vendue est assimilable à une erreur substantielle, puisque l'exercice de l'action en résolution montre que s'il ne s'était pas trompé, il n'aurait pas contracté. Si donc l'erreur est commune aux deux contractants, comme dans l'hypothèse de vices rédhibitoires, la même solution lui sera applicable. Si elle est unilatérale, le préjudice causé par l'annulation sera supporté par la partie dont le consentement a été vicié, car il lui était plus facile de redresser son erreur, qu'à l'autre partie qui n'en soupçonnait pas l'existence ; nous ne prétendons pas qu'elle est nécessairement en faute de ne pas avoir pris vers celle-ci les renseignements propres à l'éclairer : nous disons simplement que c'était plutôt à elle à les demander qu'à son cocontractant à les lui fournir spontanément.

Nous ferions le même raisonnement pour tous les autres cas de nullité, qui ont toujours leur source dans une erreur de l'un ou des deux contractants ; la garantie des vices juridiques est due à celui qui avait de justes raisons de supposer le contrat valable, de même que la garantie des vices matériels est due à celui qui avait de justes motifs d'en croire exempte la chose sur laquelle porte l'objet du contrat. De la grande analogie qui existe entre les deux situations, nous concluons que les dispositions régissant l'une sont applicables à l'autre, et que notre théorie trouve

dans la loi, sinon sa claire expression, du moins une base suffisante pour être admise dans l'état actuel des textes ; nous ne leur donnons pas un sens différent de celui qu'ils ont dans l'esprit du législateur ; nous avons seulement cherché à les étendre à une hypothèse qu'ils n'ont pas prévue, en les justifiant par une explication différente de celle que l'on adopte habituellement ; en cela, nous avons usé d'un droit qui, je crois, ne saurait être refusé à l'interprète.

Et maintenant, pour terminer cet exposé, il nous reste à mesurer le chemin parcouru et à déterminer la distance exacte qui nous sépare de la théorie de Ihering. Or, elle ne me semble pas aussi grande qu'on serait tenté de le croire au premier abord ; la différence entre les deux théories réside plutôt dans la forme que dans le fond, dans l'expression plutôt que dans les conséquences. Elles aboutissent au même résultat : rendre le contractant responsable, même s'il n'a pas commis de faute, lorsque la justice exige que l'on prenne en considération la situation particulièrement défavorable dans laquelle se trouve placée l'autre partie par le fait de la nullité. Seulement, elles ne suivent pas la même voie pour arriver à cette conclusion.

Ihering s'efforce de la rattacher à la théorie romaine de la responsabilité subjective ; la tâche est difficile, puisque celle-ci suppose l'existence d'une faute ; il y arrive néanmoins, en disant que nous sommes dans un des cas où la faute est appréciée d'une façon *abstraite*, en tenant compte exclusivement de la nature du rapport juridique, et non pas de la conduite individuelle du contractant ; et il le rapproche d'autres hypothèses que nous avons indiquées dans l'introduction de cette étude. Donc, tous les

faits générateurs de responsabilité sont des fautes, même si dans la réalité le critérium de la faute appliqué à l'espèce qui est soumise au juge conduit à nier la culpabilité de la personne rendue responsable ; la faute devient alors une pure abstraction : d'où le nom qui lui a été donné par Ihering.

Ce procédé rappelle celui des mathématiciens qui, poussant la généralisation à ses dernières limites, finissent par affirmer que toutes les droites de l'espace se coupent, même les droites parallèles, dont ils placent le point d'intersection à l'infini ; de même, dans la théorie de Ihering, on peut dire que le rapport de causalité subjective qui est à la base de la responsabilité, existe dans tous les cas de préjudice causé à autrui par le fait d'un tiers, mais dans certains d'entre eux se trouve rejeté à l'infini. Or, pourquoi se servir de ce détour et ne pas déclarer purement et simplement que la responsabilité découle du fait préjudiciable, voulu par celui qui en est l'auteur ? Ce besoin de généralisation, caractéristique des sciences rationnelles, ne se manifeste pas à un égal degré dans la science juridique, dont les principes doivent se multiplier et se différencier dans le but d'une adaptation complète à la vie pratique :

La faute est nécessairement concrète ; son existence n'est pas impliquée *a priori* dans un rapport juridique déterminé : elle ressort de l'examen des faits rentrant dans la sphère d'activité propre aux personnes qui en sont les sujets. L'idée de faute abstraite est le produit d'une conception qui elle-même ne repose pas sur l'observation de la réalité : c'est plutôt l'acte du contractant que l'on pourrait qualifier d'abstrait, parce qu'il engendre sa responsabilité, bien qu'aucune faute ne lui soit imputable :

de même, les Allemands appellent « contrat abstrait » celui qui donne naissance à des obligations, bien qu'il soit dégagé de sa cause. C'est donc ce rapport de causalité purement objective entre l'acte envisagé dans sa matérialité, abstraction faite de toute faute dont il révélerait la présence, et le préjudice souffert malgré l'absence de faute de celui qui en est la victime, qui fonde l'obligation d'indemnité.

En résumé, la responsabilité pour contrat manqué est le rétablissement de l'équilibre des intérêts rompu par la nullité du contrat, au moyen d'une indemnité allouée à celui des contractants qui avait une foi légitime en sa validité : telle est la formule dernière que je proposerais de notre théorie devenue ainsi une théorie objective. Nous allons maintenant la mettre à l'épreuve, en étudiant de plus près les conséquences qu'elle entraîne, relativement au critérium et à la mesure de la responsabilité.

CHAPITRE II

Conséquences pratiques.

SECTION I^{re}

Critérium de la responsabilité.

La responsabilité se caractérise par le fait qui en constitue l'objet et par la personne qui en est le sujet : étudions donc séparément ces deux points.

A. — *Objet de la responsabilité.*

Nous devons, dans ce paragraphe, passer en revue quelques applications du principe théorique que nous avons posé précédemment ; comme il fait découler la responsabilité de la croyance légitime de l'un des contractants en la validité du contrat, celui-ci devra prouver la cause qui, à ses yeux, justifiait cette confiance ; la théorie objective, de même que la théorie délictuelle, lui impose donc la nécessité d'une preuve ; mais c'est la preuve d'un fait matériel, d'un rapport extérieur qui, lui, sera beaucoup plus facile à établir que la preuve d'une faute, d'un élément subjectif. D'autre part, le contractant voulant échapper à l'obligation d'indemnité qui pèse sur lui, devra détruire cette présomption de validité par la preuve des circonstances qui enlèvent à la croyance de l'autre partie le caractère de légitimité nécessaire pour

fonder son droit à la réparation du préjudice. Éclaircissons ces idées par des exemples.

I. — Le vendeur, ainsi que nous l'avons vu, est en règle générale responsable du préjudice causé à l'acheteur par une vente qui a un objet illégal. Il peut se faire cependant que l'acheteur ait été en présence d'indices suffisants à lui faire connaître la cause de nullité ; voici un cas qui s'est présenté : le Conseil de fabrique de la commune de Nantua avait vendu à un particulier un tableau placé dans l'église et qui provenait d'une donation de l'État ; cette vente était nulle comme portant sur un objet hors du commerce ; d'ailleurs le donateur n'avait pas entendu gratifier la fabrique ; la libéralité avait été faite sur la prière du député de l'arrondissement qui voulait être agréable à l'ensemble de ses électeurs ; le tableau avait été adressé à la commune, et l'église n'avait été choisie comme lieu de dépôt, qu'en raison de la nature du sujet : c'était le Saint-Sébastien d'Eugène Delacroix. Plus tard, il fut revendiqué par la commune ; l'acheteur pouvait-il réclamer une indemnité ? Les faits de la cause démontraient qu'il aurait dû connaître l'absence de droit du vendeur à consentir une vente valable : l'acte de vente contenait mention d'une lettre dans laquelle le curé exprimait à l'évêque de Belley ses craintes au sujet d'une revendication du Conseil municipal, et l'acheteur semblait avoir tenu compte des risques d'une annulation possible en n'accordant à la fabrique qu'un prix inférieur à la valeur du tableau. Il n'avait donc pas eu en la validité de l'aliénation une confiance légitime ; et il est à remarquer que c'est l'expression même employée par l'arrêt de la Cour de Lyon, du 19 dé-

cembre 1873 (1), qui le déboute de son action : « Considérant que la demande en dommages-intérêts doit être écartée, et qu'il y a lieu de laisser à sa charge les frais de la vente et ceux qui ont été la conséquence de cet acte, dans la validité duquel il ne paraît pas avoir eu une entière confiance ».

De même, le vendeur sera généralement responsable de l'inexistence de l'objet au moment de l'aliénation : non pas qu'il soit toujours coupable de l'avoir ignorée ; mais l'acheteur avait de justes raisons de croire à son existence. Ihering donne l'exemple suivant : dans une vente publique, un individu cherche à se rendre acquéreur d'un ouvrage rare ; à un moment donné, il cesse d'enchérir sur les conseils d'un bouquiniste qui lui vend son propre exemplaire pour le prix auquel il s'était arrêté ; mais il se trouve que cet exemplaire a été vendu en son absence par son commis. La vente est nulle, car les parties ont eu en vue, non pas un exemplaire quelconque de l'ouvrage, mais celui qui était possédé par le vendeur ; celui-ci, dit Ihering, aurait dû savoir qu'il ne lui appartenait plus : moins absolu, je dirai : il peut n'avoir pas commis de faute ; ainsi, quelque temps avant la vente, il s'était assuré de l'existence de l'objet, et rien ne permettait de prévoir la possibilité d'une aliénation dans un aussi court intervalle ; mais par sa situation, il était relativement mieux placé que l'acheteur pour la connaître, et c'est à ce titre qu'il doit être responsable.

Parfois au contraire, c'est l'acheteur qui sera dans la situation la plus favorable ; alors il n'aura droit à aucune indemnité. En voici un exemple : une per-

(1) D., 76, 2, 91.

sonne avait cédé à un notaire les droits successifs dont elle se croyait investie par un testament de sa sœur ; mais en sa qualité, il avait retenu le contrat de mariage contenant une institution contractuelle par laquelle la donatrice révoquait ses testaments antérieurs. Un arrêt de la Cour de Pau, du 26 février 1868 (1), rejeta sa demande en remboursement des frais et loyaux coûts de cession par les motifs suivants : « Considérant que D. a pu et dû se croire l'héritier testamentaire de sa sœur, alors que le notaire rétenteur de tous les actes de la famille, l'officier public initié à toutes ses affaires, lui proposait d'acquérir les prétendus droits qui lui étaient échus ; qu'en promettant, dans ces circonstances, la garantie de sa qualité d'héritier, il est tombé de bonne foi dans une erreur qui est exempte même de faute légère ; que par suite, il n'est engagé à l'égard de M. par aucun lien de droit, ledit M. étant présumé légalement avoir connu le vice de l'inutilité de cet engagement ».

II. — Supposons maintenant un contrat annulable pour erreur : j'achète des flambeaux, les croyant en argent, d'un marchand qui les savait en laiton ; je serai responsable parce que le vendeur, voyant que je ne lui posais aucune question relative à leur composition, a dû croire que je la connaissais ; sa confiance était mal placée, mais elle était légitime ; il est donc juste que celui qui se trompe sur l'identité de la substance de l'objet du contrat se trompe à ses propres dépens et non aux dépens d'un autre. Telle était déjà la solution de Pothier, relativement à l'er-

(1) D., 68, 2, 133.

reur sur la personne ; mais il faisait intervenir l'idée d'imprudence qui, à notre avis, n'est pas nécessaire pour expliquer la responsabilité du contractant (1). Que décider si l'erreur a été partagée par le vendeur, qui a présenté les flambeaux comme étant en argent ? La responsabilité retombera sur lui, parce que l'acheteur a supposé que le marchand les ayant eus à sa disposition un certain temps, s'était, par un moyen quelconque, informé de leur composition véritable ; ici encore, le droit protège le contractant dont la confiance est bien fondée. Il devrait donc lui refuser cette protection si l'acheteur, par sa profession, était en mesure de connaître la substance de l'objet vendu.

De cette hypothèse, nous rapprocherons celle de la garantie des vices, qui impose au vendeur une obligation se justifiant par des considérations analogues. Elle disparaît, si le vendeur n'était pas mieux placé que l'acheteur pour s'assurer de l'absence du vice : ainsi, la jurisprudence admet que la garantie n'est pas due dans les ventes d'actions d'une société nulle comme ne satisfaisant pas aux conditions légales de constitution ; l'acheteur, en effet, ne peut supposer que le vendeur avait à sa portée des moyens spéciaux pour découvrir les vices de la société ; leur existence n'est pas susceptible de se révéler par une possession même prolongée du titre aliéné ; l'acheteur ne saurait donc en induire une présomption en faveur de la constitution régulière de la société. Il doit prendre lui-même ses informations s'il veut en obtenir la certitude ; s'il ne le fait pas ou s'il est dans l'impossibilité de le faire par suite de la dissimulation des vices par les fondateurs de la société, il sera considéré

(1) *Obligations*, n° 19.

comme ayant acheté les titres à ses risques et périls (1).

Les solutions que nous avons données pour l'erreur s'appliquent aussi au malentendu : dans une ville, un propriétaire annonce qu'il met en location le premier étage d'une maison dont il indique la situation ; mais les habitants de ce pays désignent par ce mot ce que nous appelons le rez-de-chaussée ; cette dernière signification lui est attribuée par un individu qui arrive d'une autre ville, et loue la maison. S'il fait annuler le bail après avoir reconnu son erreur, il sera responsable du dommage causé au propriétaire ; en effet, celui-ci a dû supposer, comme on ne lui faisait pas de question, que le locataire prenait l'expression dans le même sens que lui, et non pas dans un sens différent dont il ne soupçonnait sans doute nullement l'existence. De même, c'est le propriétaire qui serait responsable s'il était venu, dans le pays de l'étranger, lui offrir la location de sa maison. Mais aucun des contractants ne pourrait demander à l'autre une indemnité, si l'objet du contrat avait été désigné par une expression dont ils devaient connaître tous deux le sens équivoque : par exemple, si un propriétaire avait mis en location la maison qui est située à gauche de tel théâtre ; l'indication de cette maison n'est pas suffisamment précise, car elle donne des résultats différents suivant que l'on se place face au théâtre ou qu'on l'a derrière soi ; les deux contractants ont eu tort de ne pas s'en apercevoir.

Lorsque l'erreur se glisse dans la communication de la volonté, celui qui la reçoit aura droit à une indemnité, parce que la déclaration se présentait à lui

(1) V. note Lyon-Caen, sous Lyon, 23 janvier 1884 : S., 84, 2, 49.

comme valable ; l'autre partie, qui a eu recours à un intermédiaire pour la lui faire parvenir, doit supporter le risque de ses défauts, car il représente le contrepoids des gains qu'elle en retire : toute institution, si utile soit-elle, ne comporte-t-elle pas, à côté de ses avantages, des inconvénients qui en sont la contre-partie ? Donc, au lieu de qualifier de faute le fait d'employer ce moyen de communication, disons, ce qui est plus exact, que tout mécanisme de transmission de la pensée humaine, qu'il soit naturel, comme la parole, ou artificiel, comme l'écriture, le télégraphe, le téléphone, recèle en lui des imperfections susceptibles, à un moment donné, d'en fausser le fonctionnement ; que si de ce chef il résulte un préjudice pour un tiers, il est de toute justice de lui en accorder la réparation, aux dépens de celui qui a mis en mouvement l'appareil, source de l'inexactitude dans la transmission (1).

Notre système ne se confond pas avec celui des auteurs qui invoquent l'article 1384, pour justifier la responsabilité de l'expéditeur d'une dépêche, lorsqu'il fait annuler le contrat par suite de l'altération qu'a subie sa volonté dans l'envoi du télégramme : d'abord, l'Administration télégraphique n'est pas le préposé de l'expéditeur ; il n'y a pas entre elle et lui ce rapport de subordination qui est à la base de la préposition ; le contrat qui intervient entre ces deux personnes est un mandat ou un louage d'ouvrage. En outre, la responsabilité qu'édicté l'article 1384 repose

(1) Ainsi le *lapsus lingue* ou *calami* engendre la responsabilité de son auteur, bien qu'il soit parfois machinal ; l'effet machinal n'est pas assimilable à l'effet réflexe, conséquence d'un mouvement où la volonté n'a aucune part.

sur une présomption de faute du commettant dans le choix de son préposé; or nous supposons qu'il n'y a aucune faute à la charge de l'expéditeur; sa responsabilité est un risque qu'il doit supporter de préférence au destinataire, parce que c'est lui qui a choisi le moyen de communication d'où provient l'erreur: tel est le motif adopté par un jugement du tribunal de Charleroi du 22 février 1875 (1).

Mais, à ce principe, il faut apporter des tempéraments, suivant la règle que nous nous sommes tracée: lorsque la confiance du destinataire dans l'exactitude de la transmission ne sera pas bien fondée, c'est lui qui supportera le préjudice résultant de la nullité. Exemple: un vendeur de New-York avait envoyé à un de ses acheteurs la dépêche suivante: devons-nous vous faire parvenir votre sel par un vapeur ou par un voilier, *by steam or by sail*? Le télégramme adressé en réponse portait: *ship by rail*, embarquez par chemin de fer. Si la Compagnie télégraphique n'avait pas été responsable, la responsabilité aurait dû être encourue par le destinataire, car son attention devait être éveillée par l'énorme différence de plus de mille dollars qui s'élevait entre les prix du transport maritime et du transport terrestre.

L'irresponsabilité de l'expéditeur peut aussi résulter de ce qu'il s'est servi du télégraphe sur la demande expresse de son correspondant, car alors il en a fait emploi plutôt dans l'intérêt de celui-ci que dans son intérêt personnel. C'est la solution qui devait être appliquée dans l'affaire soumise au jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, du 12 décembre 1862; il avait rendu les expéditeurs

(1) *Journal du d. internat. privé*, 1875, 2, 309.

responsables, par ce motif « qu'en acceptant à leur tour le même agent que leur adversaire pour la propre expédition de leur réponse et dans leur intérêt, ils ont également reconnu l'Administration télégraphique comme leur propre agent » ; mais il ressortait des faits de la cause que la transmission de la réponse par la voie du télégraphe avait eu lieu sur l'invitation de l'autre partie ; c'est elle-même qui avait provoqué l'usage de ce mode d'envoi.

Enfin, si les deux contractants sont en relations d'affaires habituelles et correspondent ordinairement par télégramme, il serait équitable de faire supporter le préjudice à chacun pour moitié.

Windscheid (1) soutient que le contractant n'est pas responsable dans les deux cas suivants : lorsque l'intermédiaire par lui choisi a sciemment transmis une déclaration inexacte, et lorsque l'inexactitude a sa source dans des circonstances hors de tout calcul, par exemple un instant d'égarement de l'esprit chez cet intermédiaire. Cette dernière exception n'est pas recevable ; l'inexactitude qui a sa cause dans le mauvais fonctionnement du transmetteur, qu'il soit une personne animée ou un appareil inanimé, est un accident rentrant parmi les risques qui sont à la charge du contractant qui s'en est servi. La première exception doit être écartée pour des motifs analogues ; le transmetteur de la déclaration, qu'il soit un être conscient ou une machine inconsciente, apparaît toujours à celui qui la reçoit comme un porte-parole mécanique ; et l'altération qu'il fait subir à la déclaration, quelle qu'en soit la source, est au compte de la personne qui en fait usage à son profit.

(1) *Pand.*, II § 309, n^{os} 7 et 8.

III. — Nous arrivons aux hypothèses dans lesquelles le contrat est nul pour défaut de consentement de l'un des contractants.

Citons en premier lieu celles de retrait de l'offre et de mort de l'offrant, si toutefois l'on adopte l'opinion des auteurs qui accordent au contractant le droit de rétractation. Le retrait de la déclaration, dit Pernice (1), n'est pas le fondement de l'obligation d'indemnité, car il ne constitue pas en lui-même une faute; elle dérive de ce que le déclarant n'est pas resté fidèle à la proposition en laquelle le destinataire avait eu foi, et qui avait provoqué de sa part une attitude déterminée. Notons qu'ici, Pothier (2) lui-même ne faisait pas découler l'obligation d'une faute du retrayant; « elle naît, dit-il, de cette règle d'équité, que personne ne doit souffrir du fait d'un autre ». L'obligation des héritiers de l'auteur de l'offre qui tombe par suite de son décès se justifie par des raisons identiques (3).

Il en est de même de l'obligation de réparer le préjudice causé par la rupture d'une promesse de mariage; l'idée de foi en la parole donnée est contenue dans l'expression de fiançailles; mais en raison de la nature particulière de ce contrat, où les convenances personnelles jouent un rôle prépondérant et exigent qu'on laisse aux parties toute la liberté désirable, la responsabilité n'est attachée qu'à la faute du fiancé infidèle; la confiance de l'autre ne doit pas s'étendre au-delà de cette mesure, sans quoi elle serait mal établie.

(1) *Zeitschr. f. Handelsrecht*, 1880, p. 120.

(2) *Traité de la Vente*, n° 32.

(3) Il en est de même de l'obligation d'indemnité reconnue par certains auteurs à la charge du promettant qui retire son offre de récompense : Windscheid, *Pand.*, II § 308, n. 7.

Dans les deux cas précédents, il s'est opéré un revirement dans la pensée de l'individu qui avait manifesté au début l'intention de contracter ; mais il peut se faire aussi qu'une déclaration ait été exprimée sans que son auteur ait eu à aucun moment la volonté de s'obliger.

Si l'émission de la déclaration se rattache de près ou de loin à un acte volontaire de son auteur, il sera responsable d'avoir induit son cocontractant en erreur par la confiance qu'elle avait fait naître en lui. C'est ce qui a lieu d'abord, lorsque la non-concordance entre la volonté exprimée et la volonté véritable est intentionnelle : ainsi, une personne contracte par plaisanterie. Mais cette confiance ne serait plus légitime si la plaisanterie était reconnaissable : par exemple, dit Ihering, si je promets cent louis d'or à un garçon qui m'apportera une bouteille de vin vraiment bonne ; et alors la responsabilité du plaisant ne serait pas en cause.

Cela se présente en outre lorsque le défaut de concordance n'a pas été intentionnel et a sa source dans le fait d'un tiers : il faut grouper sous ce chef les cas dans lesquels une personne a fait un mauvais usage d'un titre d'obligation signé par une autre : nous citerons entre autres celui d'un mandat donné en blanc-seing de passer un acte juridique avec un tiers ; si le mandataire en abuse pour conclure une autre opération dont il s'approprie le profit, le mandant sera responsable de cet acte envers le tiers qui a eu foi en sa signature.

Une hypothèse plus douteuse est celle où le titre a été mis en circulation contre la volonté du souscripteur, au moyen d'une soustraction opérée par une personne autre que celle à laquelle il devait être re-

mis. Voici une espèce qui s'est présentée : le conseil d'administration d'une société avait émis des obligations aux conditions déterminées par les statuts ; les sommes provenant de la souscription ayant été gaspillées, les affaires de la société périclitèrent et le conseil d'administration se désagrégea ; quelques personnes qui en avaient autrefois fait partie, usurpant le titre d'administrateur, vendirent à vil prix des obligations qui étaient restées dans les caisses sociales, et qui offraient le même aspect que les titres régulièrement émis, quoiqu'elles fussent nulles : les tiers de bonne foi pouvaient-ils produire au passif de la faillite ? Un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 3 mai 1875 leur donna gain de cause ; mais il fut réformé par un arrêt de la Cour de Paris du 11 mai 1877 : « Considérant qu'une obligation ne peut être valable que par le consentement de la partie qui s'oblige..... ; que ceux qui ont apposé leur signature sur ces formules n'étaient désormais les mandataires, ni réguliers, ni même apparents de la société, et qu'ils n'ont jamais eu capacité pour l'engager..... ; considérant que la règle établie par l'article 2279 ne peut recevoir aucune application dans la cause....., puisque la propriété des formules d'obligations dont les intimés se prévalent ne leur est point contestée, mais qu'il s'agit seulement de savoir si ces formules obligent la société ». Le pourvoi en cassation fut rejeté par un arrêt de la Chambre des requêtes du 4 juin 1878 (1).

Ainsi, le principe de l'inopposabilité aux tiers de bonne foi des exceptions que le débiteur pourrait opposer au premier porteur, ne s'applique qu'aux effets

(1) S., 79, 1, 36.

émis volontairement par celui contre qui on les invoque ou par son mandataire véritable. Mais si la société n'était pas obligée à payer le montant de la somme inscrite sur le titre, nous croyons qu'elle était tenue au remboursement du prix d'achat contre remise du titre, car le maintien dans ses caisses des obligations lancées en circulation par les administrateurs irréguliers, provenait du fait des premiers administrateurs qui avaient le pouvoir de l'obliger régulièrement; elle doit donc réparer le préjudice qu'il sont causé aux acquéreurs de bonne foi, en laissant subsister des titres que ces tiers pouvaient croire valables.

Mais nous n'étendrons pas cette solution à l'hypothèse de la falsification, à condition qu'elle n'ait pas été facilitée par le signataire du titre d'obligation : dans ce cas, en effet, l'émission de la déclaration telle qu'elle est parvenue à la connaissance des tiers se rattache à un acte que le contractant n'a pu empêcher; l'erreur n'a donc pas sa source dans un fait volontaire de sa part (1).

Par la même raison, il est irresponsable de la nullité d'un contrat auquel il a donné son consentement sous l'empire de la violence exercée par un tiers; la déclaration a son origine dans la contrainte qui a considérablement affaibli la volonté de son auteur.

Parfois même cette volonté fera complètement défaut, bien que le consentement ne soit pas dû à l'oppression venant d'une personne étrangère; par exemple, il a été donné sous l'empire de la crainte éprouvée en présence d'un péril imminent : attaqué par des brigands, je promets une somme considérable

(1) V. Dalloz : *Supplément*, v° *Effets de commerce*, n° 116.

à un passant pour qu'il me délivre du danger ; il y parvient. Le contractant n'aura pas l'action en nullité pour violence, car les pillards n'ont exercé sur sa détermination qu'une influence indirecte ; ils voulaient le dépouiller, mais ils ne voulaient pas lui arracher son consentement au contrat. Néanmoins, la doctrine estime que le contrat est nul, parce que le consentement a été donné sous l'empire d'une frayeur qui en a fait disparaître la liberté : mais alors, l'autre partie n'obtiendra-t-elle aucune indemnité qui soit le dédommagement de son sacrifice ?

Le contractant n'étant pas en faute, la théorie de la responsabilité subjective lui est inapplicable. Je repousse également l'application de la théorie objective, parce que sa volonté a subi une pression morale dont elle n'a pu triompher (1). Je n'admets pas davantage qu'il soit soumis à une action de gestion d'affaires : pratiquement, elle ne ferait obtenir au sauveteur que le remboursement de ses dépenses utiles, et non un salaire proportionnel à son dévouement, à la valeur des objets sauvés, aux risques courus dans le sauvetage ; théoriquement, elle est inadmissible, car la partie n'a prêté son concours à l'homme attaqué que sur l'invitation de celui-ci, dans la pensée que ses services lui seraient justement rétribués ; elle n'a pas agi spontanément, comme le gérant d'affaires qui administre de son plein gré un patrimoine sans maître.

Voici la solution que je proposerais : le consentement ne fait pas défaut dans la convention qui a été passée ; celui qui à la vue du danger fait appel à l'aide de son voisin en lui promettant une rémunération, en-

(1) Cf. B. Lacantinerie et Barde : *Oblig.*, I, p. 103.

tend parfaitement contracter avec lui, car il tient à sortir d'un mauvais pas ; seulement, ce qu'un tel consentement a de particulier, c'est qu'il ne porte pas sur tous les éléments du contrat ; le prix stipulé n'est qu'apparent ; en réalité, il n'a pas été consenti par le promettant, car il est de beaucoup supérieur à la prestation fournie. Nous sommes donc en présence d'un louage de services dont le prix n'a pas été fixé : reste à voir si cette ébauche de contrat est insuffisante à engendrer une action ; or, l'une des parties ayant exécuté son obligation, dont l'objet était déterminé, il est équitable que l'autre exécute la sienne ; le prix à payer sera donc évalué par le juge, dont l'estimation sera substituée à celle des contractants (1).

B. — *Sujets de la responsabilité.*

La responsabilité objective incombe au représenté, car les conséquences des actes voulus par son représentant ont leur répercussion dans son patrimoine, s'ils n'excèdent pas les bornes du mandat.

Mais elle ne pèse pas sur l'incapable ; on pourrait objecter que la capacité est une condition de validité des engagements volontaires, tandis que la responsabilité objective ne dérive pas de l'inexécution d'un semblable engagement. Cet argument n'a aucune force dans le système qui fait découler l'obligation d'un contrat de garantie. Elle n'en a pas davantage dans le système de l'obligation légale, car la loi veut protéger l'incapable dans la formation comme dans

(1) Kohler : *Die Menschenhülfe im Privatrecht*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1887, p. 26 et s. — Cf., Pothier : *Oblig.*, n° 24 ; Cass. req., 27 avr. 1887 (S., 87, 1, 372).

l'exécution de ses contrats ; ce n'est donc pas à lui à supporter le risque des suites préjudiciables de la nullité, même si son cocontractant n'est pas en faute de ne point s'être renseigné sur sa capacité (1).

SECTION II

Mesure de la responsabilité.

Certains auteurs ont considéré la notion de l'intérêt négatif comme une idée purement théorique, qui se heurterait contre les difficultés d'application les plus sérieuses : telle est notamment l'opinion de Bæhr, Bekker, Hartmann (2) ; comment le contractant prouvera, disent-ils, que si le contrat nul n'avait pas été formé, il aurait noué avec telle autre personne une convention qui lui aurait rapporté tel bénéfice ? La démonstration précise de ces faits ne reposera jamais sur une base solide, car ils sont purement hypothétiques ; le contractant n'établira jamais d'une façon certaine les résolutions qu'il aurait prises si son activité n'avait pas été inutilement détournée par l'autre partie. En pratique, l'intérêt négatif ne pourra donc être évalué, du moins en ce qui concerne l'un de ses éléments, le gain manqué ; c'est pourquoi il faut lui substituer l'intérêt positif.

Eisele (3) et Unger ont contesté avec raison la jus-

(1) Regelsberger : *Endemann's Handbuch*, loc. cit. ; Eisele, *op. cit.*, p. 490. — Cf. Cass. req., 15 nov. 1898 (S., 99, 2, 25).

(2) Bæhr : *op. cit.*, p. 422 ; Bekker : *Kritische Vierteljahresschrift*, XXII, p. 57 ; Hartmann : *Werk und Velle beim sogenannten stillschweigenden Consens*, dans *Cir. Arch.*, LXXII, p. 214.

(3) *Op. cit.*, p. 496-508.

tesse de cette doctrine qui souvent procurerait à l'une des parties un gain injustifié aux dépens de l'autre ; sans doute on ne peut fournir une preuve mathématique ; mais le juge devra se contenter des suppositions les plus vraisemblables d'après les circonstances et la considération des rapports habituels de la vie. Ainsi, supposons qu'un louage ait été annulé pour erreur ; exigera-t-on du bailleur la preuve qu'il aurait loué sa maison à d'autres pour le même prix ? Il faut distinguer : si l'habitation louée est dans une ville où les opérations de cette nature sont couramment pratiquées, le juge n'exigera pas cette preuve du propriétaire ; mais si la maison est dans un endroit où les baux sont rares, le bailleur devra prouver qu'il serait parvenu à la louer pour un prix déterminé s'il n'avait point passé le contrat primitif.

Notre théorie va nous conduire à des conclusions analogues, quoique légèrement différentes : la responsabilité reposant sur la protection due à la bonne foi s'étendra sans nul doute à la perte éprouvée ; mais l'indemnité représentative du gain manqué devra être circonscrite dans des limites aussi restreintes que possible, car celui qui manque l'occasion de réaliser un bénéfice est moins digne d'intérêt que celui qui subit une perte ; l'action paulienne nous offre un exemple de la différence que la loi établit entre ces deux situations ; celui *qui certat de damno vitando* est mieux traité que celui *qui certat de lucro captando*.

Aussi Bæhr admettait déjà que la partie souffrant de la nullité d'un acte dont elle aurait retiré un pur enrichissement n'a pas droit à une indemnité représentative du gain manqué : ainsi, pour reprendre l'espèce dans laquelle un banquier de Francfort avait

reçu d'une maison de Cologne un télégramme portant les mots : achetez tant d'actions pour mon compte, si le banquier avait informé son correspondant de l'exécution d'une opération qu'en réalité il n'avait pas conclue, il ne serait pas reçu à réclamer la différence entre les prix d'achat et de revente des titres, car les contractants n'ont pas entendu faire une spéculation sur la hausse ou la baisse des cours. Le paiement de cette différence lui procurerait un profit injuste, puisqu'il compenserait, non pas une perte pécuniaire, provenant de l'exécution du mandat, comme dans le cas où il a réellement acheté les actions, mais la privation d'une chance de gain que le contrat par lui passé n'avait pas pour but de lui faire obtenir. Et même si tel était l'effet normal du contrat qui se trouve annulé, s'il s'agissait par exemple d'une donation, l'action en dommages-intérêts serait aussi peu justifiée, car le donataire a manqué la réalisation d'un bénéfice qu'il n'avait point recherché et sur lequel il ne pouvait compter, puisqu'il était dû à la bienveillance du donateur.

Mais nous pouvons aller plus loin : lorsque le contrat passé était à titre onéreux, si l'occasion repoussée par le contractant de réaliser un gain est susceptible de se rencontrer dans la suite, il n'y aura aucun inconvénient à ne pas le faire entrer dans le calcul de l'indemnité : en réalité, le gain n'est pas manqué, il est simplement retardé. C'est ce qui arriverait par exemple si une vente de cigares était annulée pour malentendu sur le prix ; le vendeur sera désintéressé par le retrait sans frais de sa marchandise qu'il peut revendre en tout temps pour la même somme.

Si l'occasion rejetée est de nature à se représenter

plus tard, mais dans un délai assez long, l'indemnité correspondra au retard subi par le contractant dans la réalisation de son bénéfice ; elle représentera simplement une portion de ce bénéfice. Encore n'y aura-t-il pas toujours droit ; nous distinguerons :

Si le contrat manqué n'était pas de nature à se conclure fréquemment, sa formation est en quelque sorte le fait du hasard ; le contractant, à moins d'une preuve précise, ne peut donc invoquer qu'il l'aurait valablement formé avec une autre personne : il en sera ainsi de la vente d'un objet peu répandu.

Mais il n'en sera plus de même du marché passé par une actrice avec un directeur de théâtre qui le fait annuler pour erreur sur la personne ; si elle reste sans place pendant la saison théâtrale, elle pourra réclamer le gain manqué par suite de la nullité, parce qu'elle aurait facilement trouvé à s'engager dans une autre troupe : par conséquent, elle n'aura pas à établir qu'elle a repoussé d'autres offres, qui d'ailleurs ne lui seront point parvenues, parce que le bruit courait qu'elle était déjà engagée.

Le juge s'inspirera donc des circonstances ; et ceci cadre parfaitement avec le caractère objectif de la responsabilité qui doit être aussi objective dans ses effets, c'est-à-dire établie d'après la mesure moyenne qu'exige la sécurité des relations. De la même idée, nous tirons une autre conséquence : le juge aura la faculté, dans la fixation de l'indemnité, de prendre en considération le gain que la partie aurait retiré du contrat nul, s'il a été conclu dans des circonstances normales : en effet, la responsabilité étant objective, il ne s'agit pas de calculer exactement le bénéfice que le contractant aurait réalisé en l'absence de la convention, d'autant plus qu'il serait souvent impos-

sible de l'individualiser à ce point ; il s'agit simplement de l'établir d'après des données approximatives, et le contrat qui a été formé fournira des indications suffisantes à cet égard. De la sorte, on échappe à la critique de Kohler (1) qui voyait dans le pouvoir de libre appréciation du juge une source d'incertitude, et dans l'impossibilité de fixer avec précision une indemnité dont le quantum « flotte dans le nuage des probabilités plus ou moins plausibles », une source de désaccord entre les parties obligées de s'engager dans un procès pour en obtenir l'évaluation judiciaire.

Mais les emprunts que l'on fera ainsi à l'intérêt positif ne supprimeront pas les différences qui existent entre lui et l'intérêt négatif ; l'assimilation complète ne devra être établie entre eux que dans des cas tout exceptionnels, où elle sera justifiée, soit parce que la partie responsable est peu digne d'attention (dol sur la capacité), soit parce que la sécurité des relations exige que la confiance de l'autre partie en la validité du contrat soit illimitée : de même, dans la vente, la garantie des vices s'étend à l'intérêt positif, lorsque la confiance de l'acheteur dans l'absence de défaut de la chose vendue était rendue plus grande, par suite de certaines circonstances d'où l'on pouvait induire à cet égard une présomption paraissant invincible : par exemple, le vendeur est en même temps fabricant des objets vendus.

Dans cette seconde catégorie d'exceptions rentre le cas déjà examiné du blanc-seing facilitant un abus de pouvoir ou un faux. Pothier disait déjà : « Pour

(1) *Ueber den Willen im Privatrecht*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1889, p. 227 et s.

que le mandataire oblige son mandant, il suffit que le contrat qu'il a fait avec lui paraisse renfermé dans la procuration qu'il lui a fait apparoir, quoique ce mandataire, par des raisons inconnues à celui avec qui il a contracté, ait excédé les bornes de sa procuration (1). » En outre, la jurisprudence paraît admettre « que tout contractant doit la garantie de sa qualité; qu'en stipulant comme mandataire..., il se soumet à la réparation des torts résultant du défaut de justification du mandat » (2); ainsi, l'erreur sur l'existence du mandat obligerait le mandataire à l'intérêt d'exécution des conventions par lui passées avec les tiers.

Le droit commercial offre d'autres exemples : ainsi nous avons vu que les effets de complaisance souscrits par un mandataire obligent son mandant. On peut y joindre l'obligation imposée aux sociétés commerciales d'exécuter les engagements signés de la raison sociale, même si le gérant agit en dehors de son mandat. Nous mentionnerons enfin la jurisprudence qui reconnaît aux sociétés nulles une existence de fait, et leur applique les règles relatives à la dissolution des sociétés valables.

A part ces hypothèses particulièrement favorables, la théorie de la responsabilité objective de l'intérêt négatif concilie de la façon la plus heureuse le principe de l'autonomie de la volonté avec les exigences du crédit économique. Dans son application à l'erreur, elle est un retour partiel au système de l'ancien droit romain, qui n'invalidait pas les contrats pour vice du

(1) *Mandat* : chap. 3, sect. 2, n° 87; Cf. Cass. req., 13 fév. 1883 (S., 84, 1, 107 et les renvois).

(2) Grenoble, 1^{er} mars 1845 (S., 48, 2, 33); Cf. Pilon, *op. cit.*, p. 335-340.

consentement; on ne pouvait plus revenir sur une parole une fois donnée; un tel système, s'il présentait de puissants avantages pratiques, blessait l'équité, surtout lorsque l'un des contractants avait été victime du dol de l'autre : il était le résultat d'une conception formaliste. Le droit prétorien et le droit civil lui vinrent en aide lorsque son consentement avait été vicié par le dol ou l'erreur, mais seulement, remarquons-le bien, lorsqu'il avait été altéré par le dol de son contractant et non d'un tiers, ou par une erreur méritant considération; une protection allant au delà de ces limites aurait sacrifié à son intérêt celui de la partie adverse; l'équilibre aurait été rompu en faveur de la première, comme à l'origine il l'était en faveur de la seconde; l'injustice eût paru aussi criante : un pareil système aurait été le résultat d'une conception individualiste. Or notre théorie, s'inspirant de la même idée, cherche à ramener, d'une façon encore plus parfaite, l'équilibre entre ces deux intérêts en conflit : elle prend pour base la confiance qu'inspire à celui qui la reçoit une déclaration de volonté clairement exprimée : si elle n'est pas la traduction exacte du sentiment intérieur qu'elle a pour but de manifester, il est équitable de compenser par une réparation approximative le préjudice qui en est résulté pour celui qui avait tout lieu de croire à l'existence de cette corrélation intime : un tel système est le résultat d'une conception sociale.

CHAPITRE III

Droit comparé.

Notre étude portera uniquement sur le Code civil allemand, qui seul contient des dispositions intéressantes sur la matière.

LE NEGATIVE VERTRAGSINTERESSE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND.

§ 1.— *Les précédents historiques : discussions doctrinales et dispositions législatives.*

La monographie de Ihering avait suscité en Allemagne des discussions assez vives ; elles portèrent principalement sur le cas de retrait de l'offre et sur celui de défaut de concordance entre la volonté et la déclaration du contractant. Nous avons précédemment étudié les opinions qui se firent jour sur le premier de ces points, et nous n'avons qu'à renvoyer à cet examen. Relativement au second, un débat sérieux s'agita entre deux clans de jurisconsultes : les uns prétendaient que la volonté seule doit être l'âme des conventions, et réduisaient au minimum la responsabilité de celui dont l'erreur a eu pour conséquence l'annulation du contrat (*Willentheorie*). Les autres soutenaient que l'on n'a pas à rechercher quelle a été la volonté véritable des contractants, et qu'il

faut s'attacher uniquement à leur déclaration sans se préoccuper du point de savoir si elle n'est pas le résultat d'une erreur (*Erklärungstheorie*). Bien que nous n'ayons pas l'intention de retracer cette lutte dans tous ses détails, nous essayerons cependant d'en exposer les principaux épisodes et de présenter un tableau synthétique des conceptions qui se firent jour avant l'apparition du Code civil.

Bähr s'offre le premier comme l'un des partisans les plus convaincus de la théorie de la déclaration. Deux ans seulement après l'apparition de l'article de Ihering, il l'attaquait en matière de représentation (1), distinguant selon que le représentant a conscience de l'acte qu'il accomplit, ou s'il n'est que le transmetteur inconscient du consentement de son mandant.

Lorsque le représentant est un intermédiaire conscient, s'il excède les limites de son mandat, c'est lui-même qui devient obligé en vertu du contrat, comme s'il avait entendu le conclure en son nom propre. En effet, lorsqu'il contracte, les droits et obligations issus de la convention naissent déjà dans sa personne; puis, l'indication au tiers du nom du représenté a pour résultat d'opérer une double cession d'actions: le représenté acquiert l'action du contrat contre le tiers, et le tiers l'action *mandati contraria* contre le représentant, obligé par elle de délier son mandataire des engagements qu'il avait pris. Le tiers doit commencer par faire valoir cette action; si elle n'atteint pas son but par suite du défaut de mandat, il exercera l'action du contrat contre le représentant qui est le véritable contractant en droit, et qui en fait

(1) *Ueber Irrungen im Kontrahieren durch Mittelspersonen*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1863, p. 287 et s.

agit comme tel lorsqu'il dépasse ses pouvoirs ou lorsqu'il croit contracter en vertu d'un pouvoir qu'il n'a pas reçu.

Il n'en est pas de même lorsque l'intermédiaire est inconscient de l'acte qu'on lui fait exécuter : en effet, ce n'est plus un contractant ; le tiers ne serait donc pas reçu à exercer contre lui l'action du contrat. Mais ne pourrait-il exercer, au moyen d'une transmission sous-entendue, l'action *mandati directa* par laquelle le mandataire est responsable envers son mandant de la mauvaise exécution de son mandat ? Non ; d'abord, cette responsabilité est d'autant moins étendue que le messenger a été plus inconscient de l'acte auquel il a prêté son concours ; ne sachant pas si l'ordre qu'il a porté au tiers de la part du commettant contenait une simple notice ou la proposition de former un acte juridique, il a négligé certaines précautions qu'il aurait prises s'il avait été parfaitement au courant des intentions de son mandant. Ensuite, à supposer même qu'il fût responsable envers lui, il ne le serait pas envers le tiers à l'égard duquel il n'a été qu'un instrument matériel de transmission.

Comme on le voit, cette théorie est la reproduction de l'ancien système romain de la représentation ; par cela même elle est inacceptable en droit moderne. Elle conduit à un résultat contraire à l'intention du représentant : on lui impose de prendre à sa charge les obligations issues d'un contrat auquel il n'a pas entendu donner son consentement, et qu'il a passé dans l'erreur où il était sur l'étendue de son pouvoir. Elle ne serait donc admissible que si elle se rattachait à une théorie générale de l'erreur, dont elle serait un cas particulier : aussi, c'est cette théorie que

Bähr entreprit de construire quelques années plus tard (1).

Il en cherchait la base en droit romain : un contrat qui a un objet existant, même hors du commerce, est toujours valable; l'expression *emptio non tenet* de la loi 62 § 1, Dig., 18-1, en donne la preuve; d'un acte qui ne serait pas venu en formation, on dirait : *non est*; son exécution aura lieu en argent au lieu d'avoir lieu en nature. Or il doit en être de même à plus forte raison si le contrat a un objet légal, le consentement fût-il vicié par l'erreur de l'une des parties, car chacune doit se dire que sa volonté n'est connue de l'autre que par son apparence extérieure, et qu'elle seule a déterminé ses résolutions; l'erreur ne saurait donc empêcher la validité du contrat, ni celle de tous autres actes juridiques.

Nous avons, dans une autre partie de ce travail, réfuté l'argument tiré du texte romain; la théorie de Bähr est donc inexacte dans son principe: elle ne l'est pas moins dans son application; les résultats qu'il a présentés comme en étant les conséquences s'expliquent par des motifs différents, ainsi que l'a démontré Windscheid (2).

Par exemple, le payement fait à un mandataire libère le débiteur, lors même que le mandat est éteint par le retrait ou la mort du créancier, s'il n'a pas eu connaissance de cette extinction (ll. 26 § 1, Dig., *Mand.*, 17-1; 12 § 2, 34 § 3, 51, *De solut. et liberat.*, 46-3); les contrats passés par l'*institor* obligent le maître de

(1) *Ueber Irrungen im Kontrahieren*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1874, p. 393 et s.

(2) *Wille und Willenserklärung*, 1878, dans *Civ. Arch.*, 1880, p. 75 et s.

l'affaire lorsqu'ils ont été conclus dans des circonstances analogues (l. 11 § 2 à 5, Dig., *De instit. act.*, 14-3; l. 15, 17-1). Mais ici, le défaut de consentement n'intervient que postérieurement à la formation du mandat, lorsqu'il a déjà produit effet pendant un certain temps par la volonté du mandant; et l'on comprend que cette force obligatoire persiste après une dissolution du contrat ignorée des intéressés, de même que les transmissions de propriété non publiées sont sans effet à l'égard des tiers.

Il est vrai que le paiement peut être valable, même si la dette a été acquittée entre les mains d'une personne qui n'avait pas reçu du créancier le pouvoir d'en toucher le montant : par exemple, c'est un individu qui a dérobé, avant sa remise au véritable mandataire, la procuration expresse signée du mandant ou la procuration tacite contenue dans une quittance, pour se faire payer la créance qui a tourné à son profit. Mais c'est une solution tout exceptionnelle, admise pour faciliter les paiements; d'ailleurs, s'ils étaient nuls, le créancier serait toujours obligé de réparer le dommage causé par son fait, c'est-à-dire de prendre à son compte la perte du débiteur, consistant dans la privation des deniers qui lui ont été soustraits par le faux mandataire; or la validité du paiement n'a pas d'autre résultat. Au contraire, la validité des contrats passés en exécution de la procuration, aurait pour conséquence d'obliger le mandant à la prestation d'une indemnité bien supérieure au dommage résultant de leur nullité; et nous savons qu'elle ne doit être acceptée que dans des cas particulièrement favorables. Il ne faut donc pas étendre la solution admise pour le mandat de toucher un paiement aux autres hypothèses de défaut de consen-

tement du créancier ou de l'obligé; ainsi, la cession d'un titre d'obligation soustrait à celui dont il porte la signature ne l'oblige pas envers le cessionnaire au paiement de la somme portée sur le titre.

On devrait cependant excepter les cas où le contractant a commis une faute lourde : ainsi, celui qui a conclu un contrat dont les conditions ont été publiées à l'avance, comme une vente aux enchères, ne sera pas reçu à prétendre qu'il a entendu contracter à des conditions différentes, car il n'avait qu'à prendre connaissance de celles qui étaient imposées aux acheteurs (l. 44 § 3, Dig., *De instit. act.*, 14-3).

Mais en principe, le contractant ne peut être lié par une déclaration qui ne concorde pas avec sa volonté; en effet, la déclaration n'est pas seulement la transmission de la volonté, elle en est l'expression; elle est la volonté elle-même se manifestant sous une forme sensible; c'est donc la volonté qui seule doit être prise en considération pour fonder l'obligation du contractant; le sentiment des nécessités pratiques ne suffit pas à justifier le principe contraire, car c'est une arme à deux tranchants qui donne sa protection aux uns en causant préjudice aux autres; or, le sacrifice de la volonté de l'une des parties au profit de la bonne foi de son cocontractant dépasse le but que l'on se propose d'atteindre, et qui est la sécurité des relations contractuelles.

Cette critique que faisait Windscheid de la théorie de Bähr, était en même temps une réponse à Kohler (1) qui refusait au droit, lui aussi, le pouvoir de tenir compte des évolutions internes de la volonté, de ses

(1) *Studien ueber Mentalreserration und Simulation*, dans *lahrb. f. Dogm.*, 1878, p. 91 et s.

protestations intérieures contre l'acte accompli ; il est plein d'éloges pour notre article 1321 qui déclare les contre-lettres sans effet à l'égard des tiers ; mais cette disposition régit les rapports des contractants avec les tiers et non les rapports des contractants entre eux. En réponse à Windscheid, il reprit alors sa théorie à laquelle il apporta de nouveaux arguments (1).

La volonté joue le rôle le plus important dans la formation des rapports juridiques ; mais leurs effets n'en sont pas les conséquences directes : ainsi, l'individu qui accepte une succession ouverte dans un pays où l'héritier est tenu aux dettes *ultra vires* sera obligé dans cette mesure, bien qu'il ne le croie tenu qu'*intra vires* comme le décide la législation de la nation qu'il habite ; la femme mariée voit sa capacité restreinte, même si elle ignorait que cette diminution de capacité est un effet du mariage. Donc le droit, au lieu de faire produire à un acte les effets juridiques voulus par son auteur, lui attache ceux qu'il détermine par avance ; c'est à l'auteur à choisir l'acte dont les effets correspondent à sa volonté ; s'il se trompe, ils prendront néanmoins naissance parce que l'acte a été voulu : de même, si je monte en chemin de fer, je dois me conformer à la volonté du moteur qui peut me transporter à une station plus éloignée que celle où j'avais l'intention de m'arrêter.

Kohler distingue : 1^o la volonté tournée vers les effets juridiques de l'acte ; 2^o la volonté de le représenter à l'esprit du cocontractant ; 3^o la volonté dirigée vers les signes extérieurs de transmission, ou volonté d'exécution ; le droit n'a pas à tenir compte de la première, qui est le motif de la détermination prise

(1) *Noch einmal ueber, M. u. S., op. cit., p. 325 et s.*

par son auteur. Il en est de même si, au lieu d'un acte juridique, on considère un délit : ainsi l'intention de tuer, nécessaire au châtement du meurtrier, correspond à la seconde volonté ; elle est la volonté tournée vers les conséquences naturelles du délit ; cela se conçoit encore mieux, si l'on suppose un délit qui produit un effet moral et non physique : par exemple, celui qui adresse une injure à quelqu'un cherche à représenter à son esprit l'idée du mépris qu'il a pour lui. Mais l'intention délictueuse ne correspond pas à la première volonté ; en effet, peu importe que l'auteur du délit n'ait pas voulu les conséquences juridiques attachées à cet acte.

Il suffit donc que le déclarant ait manifesté son consentement au contrat pour qu'il soit obligé, même s'il n'en a pas voulu les effets de droit ; par là, Kohler explique que la réserve mentale de l'un des contractants soit sans influence sur la validité de la convention ; et il réfute l'opinion de Windscheid qui justifie son inefficacité parce qu'elle contient un dol ; il faudrait en conclure que lorsqu'un mandant restreint, par des instructions orales, le pouvoir qu'il donne à son mandataire, il n'est pas obligé par le contrat passé contrairement à ces instructions, puisque la réserve n'a pas été inspirée par un dol du mandant ; or, il y aurait là une cause de péril pour l'autre contractant.

Pernice (1) combattit cette doctrine : la déclaration, dit-il, est la manifestation d'une double volonté : le consentement à l'acte qu'elle crée, et l'intention de lui faire produire certains effets juridiques. La dis-

(1) *Zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, dans *Zeitschr. f. Handelsr.*, 1880, p. 82 et s.

inction de Kohler entre trois volontés est peu claire : pourquoi séparer la volonté du contractant de transmettre sa pensée et celle d'employer des signes extérieurs de transmission ? Il veut, non pas la transmission et les signes, mais la transmission par les signes ; de même, la volonté de donner le poison et celle de tuer n'en font qu'une : la volonté d'empoisonner. D'autre part, pourquoi séparer l'acte de son véritable but ? Celui qui vend ne cherche pas à éveiller chez l'acheteur l'idée d'une aliénation, il veut s'obliger à la livraison des marchandises contre remise du prix ; le mobile indiqué par Kohler n'est à la base des déclarations de volonté, que si elles contiennent la proposition de former un acte juridique ; alors elles appellent une réponse aux intentions de l'offrant.

Mais il n'en est pas ainsi des autres déclarations, dont les unes tendent à produire effet à l'égard de celui qui les reçoit (retrait de mandat, signification au débiteur cédé d'une cession de créances), et dont les autres constituent la simple preuve d'un fait (acceptation de succession). Quant à la volonté qui est à la base du contrat, son but est l'effet direct et immédiat produit par cet acte ; si elle fait défaut chez son auteur, l'acte est nul. D'ailleurs, cette prépondérance du rôle de la volonté n'apporte aucun obstacle à ce que l'acte, même valable, produise des effets secondaires qui, parfois, n'auront pas été voulus, comme le remarque Kohler : il en est ainsi dans la nature juridique comme dans la nature physique : par exemple, si j'allume du feu pour avoir de la lumière, j'obtiens en même temps de la chaleur, bien que je n'en voulais pas ; de même, si la théorie de la volonté fait de cette dernière l'agent créateur du droit, elle ne fait pas du droit l'esclave de la volonté.

Enfin Pernice ne reconnaît qu'un effet à la déclaration qui n'a pas été voulue : celui d'obliger le déclarant à indemniser le recevant du préjudice qu'il souffre par suite de la nullité.

Avant lui, Zitelmann (1) était arrivé à des conclusions semblables, par une analyse psychologique approfondie des manifestations de la volonté humaine. J'ai un désir ; je veux le réaliser en utilisant l'activité d'un autre individu ; pour le lui faire connaître, je dois employer un moyen matériel, car il nous est impossible de communiquer « comme un esprit parle à un autre esprit » ; je dois le lui exprimer de manière à le faire sortir « des profondeurs de mon âme à la clarté de la lumière du jour » ; alors il sera clair pour lui, il lui sera déclaré. De même que la monnaie est le signe représentatif de la valeur des choses, le langage est le signe représentatif de la pensée ; le contenu de mon désir indique le but auquel je tends, et la déclaration est le moyen nécessaire pour l'atteindre : je dois donc vouloir le moyen.

Mais le moyen ne sert pas seulement à l'obtention du but ; il en est la démonstration objective, il traduit dans le monde extérieur le contenu de la volonté subjective ; il est donc la déclaration de l'intention. Dans les actes ordinaires de l'homme, l'intention se manifeste, non point par l'acte lui-même, mais par ses conséquences qui reflètent le dessein de son auteur : au contraire, la déclaration renferme déjà « le miroir de l'intention du déclarant » ; aussi, la volonté qui l'exprime a-t-elle un double objet : le fait même de son expression (volonté immédiate), et la

(1) *Die juristische Willenserklärung*, dans *Iahrb. f. Dogm.*, 1878, p. 362 et s.

conformité de ses conséquences au but visé (volonté médiate).

Il faut par suite repousser les systèmes qui ne tiennent compte que de la première de ces deux volontés ; le système de Kohler, d'après lequel il est contraire au principe de l'identité qu'une personne n'agisse et n'agisse pas : elle peut en effet, par exemple, donner un coup mortel sans avoir l'intention de tuer ; le système de Schlossmann distinguant bien les deux sortes d'intentions, mais ne voyant dans la seconde que le désir du contractant d'accomplir sa promesse, chose indifférente au point de vue de la validité de son engagement : elle contient un autre élément qui, lui, est capital ; c'est le désir que sa déclaration engendre les conséquences par lui voulues.

Zitelmann apporte deux tempéraments à sa théorie : l'un consistant à se montrer difficile sur la preuve de l'erreur qui ne sera pas apparente ; l'autre résidant dans la présomption de « l'intention indéterminée », c'est-à-dire l'intention de se soumettre dans certains cas exceptionnels aux conséquences de la déclaration telle qu'elle a été transmise ; par exemple, lorsqu'on signe une promesse sans s'informer de son contenu, lorsque l'on fait connaître ses intentions par l'intermédiaire d'un messenger. Mais en principe le défaut d'intention a pour résultat la nullité de la déclaration, et le déclarant n'est responsable que lorsqu'il a commis une véritable faute.

Le débat n'était point terminé : il se rouvrit une troisième fois entre deux nouveaux antagonistes, Hartmann (1) et Eisele (2). Le premier reprit avec

(1) *Wort und Wille im Rechtsverkehr*, dans *Jahrb. f. Dogm.*, 1882, p. 2 et s.

(2) *Op. cit.*, p. 422 et s.

une grande force la théorie de la déclaration : d'après lui, le principe de l'intention indéterminée était une brèche à la théorie de la volonté, nécessitée par les exigences de la justice ; or ce procédé qui consiste à tempérer les rigueurs du droit par l'équité ne se rencontre que dans la législation romaine ; le juge n'a plus aujourd'hui, comme le Préteur d'autrefois, le pouvoir de tourner ainsi les règles juridiques régissant une situation donnée ; au lieu de laisser subsister cette opposition entre les nécessités de la vie et les principes de l'école, il doit modifier ces derniers pour les rendre pratiquement applicables.

Eisele montra que la théorie qui fait produire effet au mot sans la volonté est une théorie matérialiste ; le mot est la condition d'efficacité de la pensée, et rien de plus ; ce n'est pas la cause efficiente des conséquences juridiques de la déclaration ; la théorie de la volonté, elle, n'est pas une théorie spiritualiste : ce caractère ne pourrait être reconnu qu'à un système attachant des effets juridiques à la volonté sans le mot, à la volonté non exprimée ; or tel n'est pas le résultat auquel elle conduit. Le contrat implique la correspondance des volontés sur le but à atteindre ; c'est une notion que le juriste ne peut modifier, parce qu'elle est un produit de la nature des choses (cf. Gaius III, § 194) ; elle s'impose à lui. Même dans les contrats de droit strict, la force obligatoire était attachée, non pas aux mots quelconques, mais aux mots prononcés suivant certaines formes qui éveillaient la circonspection de la partie moins sujette à commettre des erreurs ; et c'est précisément lorsqu'elles disparurent que l'on exigea une corrélation exacte entre le mot et la volonté, l'attention de la

partie n'étant plus retenue par aucune solennité de nature à fixer sa pensée (1).

Sans doute la victime de l'erreur aura droit à une indemnité ; mais l'obligation de son cocontractant ne découle pas de la convention, car le contrat n'est pas la seule source d'obligation ; elle dérive de la bonne foi (*Vertrauenstheorie*) ; elle ne suppose donc pas nécessairement la validité de l'acte qui a été passé. D'ailleurs, Hartmann admet lui-même qu'on peut revenir sur sa première volonté lorsque celui qui l'a reçue n'a pas encore pris de détermination ; or, si la raison en était, comme il le dit, que ce revirement ne causera aucun préjudice à l'autre partie, il faudrait le déclarer possible même lorsque le consentement n'a pas été vicié ; si on ne le tolère pas, c'est que dans ce cas le contrat est valable et a force obligatoire.

Quant à l'inefficacité de la réserve mentale, c'est une exception établie en faveur de la partie qui croyait à l'existence du consentement donné par son cocontractant ; l'effet est le même que si le consentement avait été voulu par son auteur ; mais il ne s'en suit pas qu'il y ait assimilation complète entre les deux situations : si l'autre partie estime que l'annulation du contrat lui est plus avantageuse que son maintien, elle pourra se prévaloir du défaut de consen-

(1) Sur l'erreur en droit romain, v. Eisele réfutant Hartmann, *op. cit.*, p. 422-433; Windscheid : *op. cit.*, p. 83-88, réfutant Schall : *Der Parteiwille im Rechtsgeschäft*, et Ræver : *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*; Pernice : *op. cit.*, p. 99-106, réfutant Schlossmann : *der Vertrag*, p. 93 et s. — Adde : Zitelmann : *Irrthum und Rechtsgeschäft*, et Leonhard : *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen*.

tement qu'on lui oppose, pour demander l'intérêt négatif au lieu de l'intérêt positif.

Pour terminer cette revue de la doctrine, nous mentionnerons que dans une hypothèse particulière, celle du vol d'un titre au porteur avant son émission, certains auteurs avaient à tort rattaché à la théorie de la volonté des conséquences explicables par la théorie de la déclaration. Siegel (1), développant une idée qui était déjà en germe dans Kuntze (2), déclarait le souscripteur lié par le seul fait de la création du titre ; si donc il tombe aux mains d'un porteur de bonne foi par une soustraction frauduleuse de celui qui le met en circulation contre le gré du souscripteur, celui-ci est obligé, parce que son obligation dérive, non pas d'un contrat passé avec le porteur du titre, et qui dans l'espèce est inexistant (le consentement du souscripteur faisant défaut), mais de sa volonté première manifestée par le titre lui-même et subsistant après la perte ou l'enlèvement du papier.

Cette solution est inadmissible dans la théorie de la volonté : en effet, que l'on explique les effets juridiques du titre au porteur par l'idée d'un contrat conclu avec le porteur quelconque ou par l'idée d'un engagement unilatéral du souscripteur, encore est-il que sa volonté doit être à la base de l'obligation qu'il assume, pour que celle-ci mérite le nom d'obligation volontaire. Or il sera le plus souvent certain que le souscripteur n'aura pas entendu s'engager irrévocablement à partir du moment où il appose sa signature sur le titre ; il ne manifeste son intention de s'obliger que lorsque le papier est mis en circulation par sa

(1) *Op. cit.*, p. 114.

(2) *Lehre von der Inhaberpapieren*, § 79 et s.

propre volonté ; jusque-là, il est libre de revenir sur son engagement ; l'obligation de payer la somme inscrite sur le titre qu'il a signé, mais qu'il a perdu ou qui lui a été volé, est donc une obligation forcée, et non pas une obligation à laquelle il s'est soumis volontairement.

Les discussions précédentes font suffisamment ressortir les deux points de vue différents auxquels s'était placée la doctrine dans ce développement coutumier de la théorie romaine de l'erreur ; le point de vue philosophique, qui conduisait certains auteurs à ne donner effet qu'à la volonté psychologique, ce qui était dangereux pour les intérêts des tiers ne pouvant pénétrer dans les intentions des contractants ; et le point de vue juridique, plus soucieux de leur protection, qui accordait une efficacité entière ou partielle à la volonté manifestée, la seule que puissent connaître exactement les tiers. Cette seconde manière de voir était plus conforme au crédit dont la solidité repose sur la validité des titres qui se présentent comme réguliers ; de même que Ihering a appelé la possession l'extériorisation de la propriété, on peut dire de la déclaration qu'elle est l'extériorisation de la volonté : aussi les droits prenant leur source dans la confiance qui repose sur ces apparences, méritent-ils une protection semblable.

Les deux conceptions s'étaient fait jour dans les législations du groupe germanique : ainsi le Code autrichien (art. 876) décide que le contrat sera maintenu même si l'engagement de l'une des parties est vicié pour cause d'erreur ; au contraire, le Code prussien admettait la nullité de la convention, et n'obligeait l'errant à réparation qu'au cas de dol ou de faute lourde (I, 4 § 79) ; le Code saxon l'imposait même au cas

de simple faute (art. 844, 688). — De même, l'article 55 du Code de commerce allemand de 1861 obligeait la personne qui croit avoir reçu le mandat de conclure un contrat au nom d'une autre, à exécuter les obligations qui en sont issues ou à prêter l'intérêt d'exécution, lorsque le propriétaire dont elle croit être le représentant ne ratifie pas les actes qu'elle a passés ; au contraire, le Code prussien (I, 13 § 9, 96, 128, 171) et le Code saxon (art. 789) ne l'obligeaient qu'à la réparation du préjudice causé par le défaut de mandat.

Enfin on retrouve les deux théories dans les travaux préparatoires du Code civil allemand.

§ 2. — *Analyse de la théorie d'après les travaux préparatoires du Code civil.*

Constatons d'abord que le Code allemand ne contient aucune règle applicable à tous les cas de nullité ; il diffère en cela du Code prussien qui énonçait le principe général de la responsabilité pour contrat manqué (I, 5, 284). Nous allons donc examiner successivement avec lui les hypothèses dans lesquelles il reconnaît l'existence d'une obligation d'indemnité.

1° *Retrait de l'offre.* — Les articles 145, 147, 148, 153 étendent aux relations civiles les solutions qui jusqu'alors n'étaient appliquées qu'aux rapports commerciaux : l'offre est irrévocable jusqu'au moment où l'offrant peut attendre l'arrivée de la réponse dans des circonstances normales ; et la perfection du contrat n'est pas empêchée par la mort ou l'incapacité de l'offrant survenant avant l'acceptation.

2^o *Retrait d'une promesse de récompense.* — On a reproché au Code civil de n'avoir pas adopté la même conception dans cette hypothèse, qui n'est qu'un cas particulier d'offre à personne indéterminée (1). Il considère en effet la promesse comme une source d'engagement par volonté unilatérale; or l'intérêt de cette conception disparaît, puisqu'il admet en même temps une liberté entière de révocation jusqu'à la réalisation du fait en vue duquel a été promise la récompense (art. 657-658). Nous savons en outre qu'elle n'est pas indispensable pour justifier le droit à la récompense de celui qui a exécuté le fait sans avoir conscience de la promesse (2).

Dans ces deux hypothèses, le retrait étant inefficace lorsqu'il intervient dans les conditions déterminées par la loi, l'offrant qui se refuse à exécuter sa promesse sera tenu de prêter l'intérêt positif. Mais les Motifs (3) du premier projet nous annoncent que le principe de l'intérêt positif n'est consacré par le Code qu'exceptionnellement, bien qu'on ait mis en avant les difficultés pratiques d'évaluation de l'intérêt négatif, parce que la mesure de l'intérêt positif dépasserait les exigences de la justice. D'ailleurs, puisqu'elle suppose le contrat valablement formé, il y a deux cas où, par la force même des choses, elle ne peut s'appliquer : examinons-les rapidement.

3^o *Retrait d'une promesse de mariage.* — Le Code civil n'admet pas que la promesse crée pour les parties l'obligation de contracter mariage; il ne reconnaît

(1) Gierke: *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, p. 227.

(2) Saleilles: *Th. de l'oblig.*, p. 137-143.

(3) P. 190 et s.

par suite à celle qui a été victime d'un retrait imprudent que le droit à l'intérêt négatif; et il le limite à la réparation du simple préjudice matériel (articles 1297-1299); on lui a reproché, non sans raison, de n'y pas comprendre le préjudice moral (1). Quant au fondement juridique de la responsabilité, les travaux préparatoires n'en parlent pas : M. Planck (2) estime que la question n'a pas grand intérêt; que l'on considère la promesse comme un contrat dont les effets sont amoindris, ou comme un fait auquel on doit appliquer les principes de la responsabilité délictuelle, les conséquences du retrait seront les mêmes; il ne donnera pas lieu à une obligation d'indemnité lorsque la promesse serait inefficace si on lui appliquait les règles relatives à la formation des contrats (capacité et consentement), parce qu'alors il sera basé sur une juste cause; la solution contraire serait en opposition avec le but de la loi qui a voulu affaiblir et non pas fortifier les effets de la promesse.

4° *Impossibilité de l'objet* (3). — L'article 345 du premier projet obligeait la partie en faute d'ignorer l'impossibilité à la réparation du préjudice causé par la nullité, sans que l'intérêt négatif pût excéder l'intérêt positif : telle est encore la solution qui est consacrée par le texte définitif, devenu l'article 307. Les travaux préparatoires n'indiquent pas quel est le caractère de cette responsabilité; il est vrai que si on la fait reposer sur une faute, l'un des principaux intérêts de la question disparaît; car, quelle qu'en soit

(1) Gierke : *op. cit.*, p. 395 et s.

(2) *Bürgerliches Gesetzbuch*, IV, p. 8 et 9.

(3) *Motifs* : II, p. 179; *Protokolle* : II, p. 431 et s.

la source, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, la partie qui réclame une indemnité doit prouver que son cocontractant a connu ou aurait dû connaître la cause de nullité; sa faute est appréciée suivant le type abstrait du bon administrateur. Lors de la seconde lecture, on avait proposé de faire peser la responsabilité uniquement sur celui qui donne l'impulsion à la formation du contrat, lui seul devant s'assurer de la possibilité de l'objet pour éviter à l'autre partie toute recherche à cet égard; mais on considéra que cette dernière était, elle aussi, obligée à une certaine mesure d'attention, et qu'il serait injuste de la délier de cette obligation, lorsqu'elle est en faute d'avoir ignoré l'impossibilité.

5° *Erreur* (1). — Le premier projet (art. 97 et s.), ne déclarait valable la manifestation de volonté entachée d'erreur ou de plaisanterie, que lorsque le déclarant a commis une faute lourde; si l'introduction du vice provient d'une faute légère, elle était nulle, sauf obligation pour le déclarant d'indemniser son cocontractant du préjudice causé par la nullité. Sur ce point, la théorie du projet fut sérieusement battue en brèche.

Bähr (2) y voyait la consécration de la plus grande des injustices; d'abord, il est souvent impossible d'apprécier la gravité de la faute commise par le déclarant, parce qu'on ignore les circonstances dans lesquelles a été envoyée la déclaration; en outre, l'absence de faute n'empêche pas celui qui la reçoit de

(1) *Motifs* : I, p. 190 et s., 200 et s.; *Protokolle* : I, p. 99, 106 et s., 117 et s.

(2) *Zur Beurtheilung des Entw. eines, b. G.*, p. 15 et s.

subir un dommage dont il doit être indemnisé. Bæhr faisait ressortir la justesse de ses idées par l'exemple suivant : une personne se porte garante de la dette d'un tiers ; elle répond à l'action du créancier en faisant annuler le cautionnement pour erreur, sous prétexte qu'elle s'est trompée dans la lecture du montant de la somme indiquée sur le billet parce qu'elle n'avait pas mis ses lunettes ; si elle les avait dans sa poche et qu'elle ne s'en soit pas servie pour être plus à son aise, il y a faute lourde ; si elle n'a pu les trouver parce qu'elle les avait perdues, il y a faute légère ; si peu de temps auparavant elle les a brisées par cas fortuit, il y a absence de faute : or, comment le juge pénétrerait-il dans toutes ces distinctions ? Bæhr concluait à la validité de la déclaration, fût-elle viciée, à moins que son auteur ne prouvât que son cocontractant n'avait souffert aucun préjudice.

Moins absolu, Gierke (1) n'exigeait que la responsabilité de l'intérêt négatif, mais supprimait la nécessité d'une faute ; il s'agit, disait-il, non pas d'édicter une peine répressive de l'erreur ou de la plaisanterie, mais de rechercher laquelle des deux parties doit supporter un dommage fortuit ; or, si elles sont toutes deux innocentes, le recevant est encore moins coupable que le déclarant, et le risque doit retomber sur celle qui a occasionné le dommage plutôt que sur celle qui l'a subi et qui est demeurée passive. Dans un langage très éloquent, Gierke reproche au projet « de s'être cramponné à la sèche formule d'une conception découverte à force de subtilité, au lieu de puiser dans la conscience juridique vivante de notre temps » ; il n'a pas su s'élever au-dessus de l'étroite

(1) *Op. cit.*, p. 166 et s.

théorie romaine de la faute, et « Unger lui oppose la devise de Ihering : *durch das römische Recht, aber ueber dasselbe hinaus*, qu'il faut compléter par la suivante : *und durch das deutsche Recht zum modernen Recht* ».

Ces critiques bienfaisantes eurent leur écho dans la rédaction du second projet, dont s'inspire le texte définitif, l'article 122 : il décide que le déclarant doit indemniser l'autre partie du dommage qu'elle a souffert « pour avoir cru à la validité de la déclaration » ; c'est bien la responsabilité objective, basée sur la bonne foi de la victime.

Bien que l'article 307 emploie une expression analogue, nous avons vu qu'il consacre une théorie différente ; on fit valoir en effet que le destinataire d'une déclaration n'a aucun moyen de découvrir la volonté véritable de son auteur, tandis que les deux parties peuvent se renseigner sur l'existence de l'objet de l'obligation. Cet argument ne nous paraît pas décisif, car l'un des contractants sera généralement mieux placé que l'autre pour s'en assurer, et si celui-ci n'a commis aucune faute, il est juste que le premier soit responsable. A cette règle, nous n'admettons aucune exception, et nous n'approuvons même pas celle que contiennent les travaux préparatoires, relativement au cas où le contractant n'a pu, en raison de son éloignement, constater la disparition matérielle de la chose objet de la convention ; la sécurité des relations exige qu'il soit responsable de la nullité, bien qu'il ne soit coupable d'aucune négligence, de même que le déclarant est responsable des inexactitudes qui se glissent dans la transmission de la déclaration et qui ne proviennent pas directement de son fait (art. 122).

La responsabilité s'étend à l'intérêt négatif et a pour maximum l'intérêt d'exécution : la même mesure est adoptée dans un cas particulier d'erreur à l'examen duquel nous arrivons.

6° *Contrat conclu par un représentant qui se trompe sur l'existence ou la portée de son mandat* (1). — L'article 125 du projet primitif rendait le représentant responsable de l'intérêt d'exécution ; cette disposition fut modifiée dans la seconde rédaction ; on la jugea trop rigoureuse lorsque le représentant n'est pas en faute, par exemple lorsque le mandat a été donné par un dément ou est falsifié ; une obligation aussi étendue ne s'impose que lorsqu'il contracte en conscience du défaut de mandat, parce qu'alors il commet un dol, ou bien suppose que la convention sera ratifiée par la personne dont il se présente comme le mandataire, auquel cas il agit à ses risques et périls. Aussi, cette exception mise à part, l'article 179 du texte définitif n'oblige le représentant qu'à la prestation de l'intérêt négatif ; il n'échappera à cette responsabilité qu'en démontrant l'existence de son mandat, ou en prouvant que l'autre partie aurait dû en connaître l'inexistence. On avait proposé de l'étendre à l'intérêt d'exécution lorsqu'il agit comme *procurator in rem suam* ; mais on repoussa cette exception parce que cette qualité importe peu au tiers qui veut pour obligé le représenté et non le représentant.

Le principe de l'intérêt positif reparait à propos de la dernière hypothèse, qui a trait à un cas particulier de défaut de consentement.

(1) *Motifs* : I, p. 243 et s. ; *Protokolle* : I, p. 158 et s.

7° *Vol ou perte d'un titre au porteur avant son émission* (1). — L'article 685 du premier projet déclarait le souscripteur obligé, par le seul fait de la création du papier, au paiement de la somme inscrite sur le titre; donc il est indifférent que ce titre ait été mis en circulation contre le gré ou à l'insu du souscripteur.

Cette disposition fut vivement critiquée : elle n'est en effet nullement la conséquence de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale. Comment le souscripteur se serait-il engagé, lorsqu'il n'est pas encore entré en contact avec les tiers ? Il faudrait supposer pour cela, comme dit Gierke (2), un dialogue tout intérieur, dans lequel il jouerait le double rôle de créancier et de débiteur, stipulant de lui-même une promesse au profit des tiers dont il serait le représentant. Aussi Gierke faisait apparaître de nouveau l'opposition qui existe parfois entre le droit né des constructions juridiques et le droit issu de la conscience populaire; elle ne se produit pas dans les systèmes qui fondent sur un contrat le droit des porteurs successifs, car le souscripteur n'est obligé que lorsqu'il y a eu concours de volontés : or dans notre hypothèse, il est certain que ce consentement fait défaut.

D'ailleurs, la théorie de l'engagement par volonté unilatérale conduit à la même conséquence, puisqu'un semblable engagement nécessite, comme l'engagement contractuel, la volonté des obligés, qui, dans la plupart des cas, n'existera pas. Aussi Car-

(1) *Motifs* : II, p. 685 et s.; *Protokolle* : II, p. 337 et s. — Saleilles : *Th. de l'oblig.*, p. 299 et s.

(2) *Op. cit.*, p. 229 et s.

lin (1) déclarait que le souscripteur a subordonné son engagement à la condition d'une acquisition régulière du papier par le premier preneur.

L'obligation consacrée par le projet ne pouvait donc avoir son origine que dans la loi, qui l'aurait imposée au souscripteur pour garantir la sécurité des relations contractuelles ; mais Goldschmitt (2) estimait avec raison qu'une telle solution sacrifiait complètement les intérêts du signataire en conflit avec ceux des porteurs, en attribuant une valeur à un papier qui n'en possédait aucune. Néanmoins, elle a passé dans l'article 794 du texte définitif.

En résumé, de l'ensemble des textes du Code civil allemand se dégage le système que nous avons adopté en dernier lieu, et il me semble y voir l'accomplissement de la prédiction que Ihering avait faite en ces termes (3) : « La théorie que j'ai établie de la *culpa in contrahendo* en prenant pour base l'idée restreinte de l'injustice n'épuise pas la matière, et ma formule sera certainement remplacée par une autre plus large et plus objective ; il en est de même d'une foule de cas où les juristes romains admettaient une *culpa* : ce sont des dispositions de nature objective, violemment comprimées dans la forme subjective, et la jurisprudence progressive seule les débarrassera de cette forme étroite. »

(1) *Zeitschr. f. Handelsr.*, 1889, p. 16 et s.

(2) *Même Revue*, p. 128 et s., 137 et s.

(3) *La faute en droit privé*, trad. Meulenaere, p. 43, n. 90.

CONCLUSION

Je crois avoir rempli le programme que je m'étais tracé : les théories que j'ai successivement exposées correspondent aux diverses phases de l'évolution que j'avais décrite au début de cette étude, et la nécessité de chacune d'elles se déduit de l'insuffisance pratique de la précédente.

C'est ainsi qu'après avoir cherché l'origine de la responsabilité relative à la formation des contrats dans une faute concomitante à leur conclusion, nous l'avons fait découler ensuite d'un engagement volontaire contractuel ou unilatéral, par application du grand principe moderne de l'autonomie de la volonté ; enfin, nous avons été conduit à la négation de cette autonomie, lorsqu'il s'est agi d'établir la responsabilité du contractant, non plus sur une faute qui fût la source immédiate ou indirecte de son obligation, mais sur le fait matériel du dommage causé.

Cette succession de points de vue différents, voire même opposés, démontrera, par un exemple choisi au milieu de beaucoup d'autres, qu'une théorie de droit est essentiellement mobile et changeante ; qu'elle ne doit pas se cristalliser dans le cercle étroit de principes rigides où elle semblerait condamnée à la fixité et soustraite à l'influence du vitalisme ambiant ; qu'elle est, au contraire, susceptible de se transfor-

mer sous la pression des exigences de la pratique avec laquelle elle doit toujours être en harmonie, et de s'assouplir au gré des fluctuations de la vie sociale dont elle sera en définitive la résultante et l'écho le plus fidèle : je n'ai pas eu d'autre but en écrivant cette thèse historique.

Vu :

F. DESSERTAUX.

P. LOUIS-LUCAS.

Vu :

*Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,*

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 14 juin 1900.

*Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,*

CH. ADAM,

Correspondant de l'Institut.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION : Évolution comparée du principe qui sert de base à la responsabilité dans l'exécution et dans la formation des contrats : phases délictuelle, contractuelle, objective	3
--	---

PREMIÈRE PARTIE

Théorie des dommages-intérêts basée sur la Responsabilité délictuelle.

CHAPITRE PREMIER

EXPOSÉ THÉORIQUE : Application du principe posé par les articles 1382 et suivants du Code civil	17
a) Dol. — 1° Dol général : responsabilité des incapables. 2° Dol spécial aux incapables. — Réfutation de l'opinion de M. Deschamps.	
b) Faute.	

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES PRATIQUES	36
I. Contrats passés entre personnes capables.....	37
II. Contrats passés par les incapables.....	44
III. Contrats passés par les représentants.....	44

DEUXIÈME PARTIE

Théorie des dommages-intérêts basée sur la Responsabilité contractuelle.

CHAPITRE PREMIER

EXPOSÉ THÉORIQUE	47
SECT. I. — <i>Droit romain</i>	47
§ 1. Étude des textes	47
I. Système de Ihering ou théorie de la <i>culpa in contrahendo</i>	49
II. Système de Brinz	55
III. Systèmes mixtes (Bechmann, Bernhæft, Kæppen).....	64

Cas particulier de la vente d'une créance inexistante : explications de Bechmann, Hartmann, Brinz, Eisele, Windscheid.....	73
§ 2. Formation historique de la théorie.....	81
a) Dol. — Contrats de droit strict : actions <i>de dolo</i> et <i>ex stipulatu</i> . — Contrats de bonne foi : action du contrat ; comparaison avec la revendication.	
b) Faute. — Action <i>in factum</i> ; action du contrat. — Réfutation de la théorie de M. Puntschart.	
c) Développement historique spécial à la vente de l'homme libre.	
d) Droit de Justinien et droit postjustinien.	
e) Comparaison avec l'évolution de l'action en résolution.	
SECT. II. — <i>Ancien droit</i>	106
xvi ^e siècle.	
xvii ^e et xviii ^e siècles.	
SECT. III. — <i>Droit actuel</i>	113
L'article 1599. — Évolution de l'action en garantie. — Aujourd'hui, dans le cas spécial de vente de la chose d'autrui, elle est une action en responsabilité pour nullité de contrat. — Origine contractuelle de cette responsabilité.	
Vente de créance inexistante : origine contractuelle de l'action en garantie.	
Extension de la théorie à toutes les causes de nullité.	

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES PRATIQUES.....	136
SECT. I. — <i>Contrats passés par les personnes capables</i> . — Applications : vente de choses hors du commerce ; vente dont le prix doit être fixé par experts ; rupture de fiançailles.....	136
SECT. II. — <i>Contrats passés par les incapables</i> . — Réfutation de la théorie de M. Deschamps. — Applications : dol commis par la femme mariée sous le régime dotal ; faute : hypothèse de résolution (adjudication à la folle enchère de la femme mariée sous le régime dotal). Rupture de fiançailles.....	163
SECT. III. — <i>Contrats passés par les représentants</i> . — Réfutation de la théorie de M. Wahl.....	180
SECT. IV. — <i>Insuffisance de la théorie</i> : retrait des offres de contrat.....	195

TROISIÈME PARTIE

Théorie des dommages-intérêts basée sur un engagement par volonté unilatérale.

CHAPITRE PREMIER

EXPOSÉ THÉORIQUE.....	201
-----------------------	-----

Théorie de Siegel : elle n'est pas consacrée par l'article 1108. — Cas exceptionnels d'engagement par volonté unilatérale reconnus par le Code civil. — Possibilité de faire rentrer au nombre de ces exceptions l'engagement de s'abstenir de dol et de faute dans la formation des contrats.

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES PRATIQUES.....	211
-----------------------------	-----

I. *Champ d'application de la théorie.* — Retrait de l'offre : obligation de l'offrant au maintien de la proposition pendant un certain délai. — Doctrine allemande : explications de Regelsberger, Köppen, Ihering, Siegel. — Doctrine française : explication de M. Worms 211

Promesse de récompense : systèmes de Ihering, Vangerow, Siegel, Exner. — Conclusion : la promesse est une offre à personne indéterminée, révocable sans obligation d'indemnité jusqu'à l'accomplissement du fait à récompenser 221

II. *Étendue de la responsabilité.* — Responsabilité de toute faute légère commise dans la formation du contrat 228

QUATRIÈME PARTIE

Théorie objective de la Responsabilité dans la formation des contrats.

CHAPITRE PREMIER

EXPOSÉ THÉORIQUE.....	231
-----------------------	-----

Revue des hypothèses où la nullité n'est pas due à la faute de l'un des contractants : erreur, méprise, malentendu, altération dans la transmission de la volonté (exemples empruntés à la télégraphie). — Nécessité d'une théorie nouvelle fondant la responsabilité sur une autre base que la faute..... 231

L'erreur, à laquelle peuvent se ramener toutes les causes de nullité, est un risque dont la charge doit être répartie entre les contractants. — Théorie de M. Saleilles : le dommage doit être supporté par celui qui l'occasionne par son activité ; réfutation 243

Système de Unger relatif au cas spécial de l'erreur vice du consentement 248

Théorie générale de Eisele : c'est la <i>confiance légitime</i> en la validité du contrat qui fonde le droit à la réparation du préjudice causé par la nullité	250
Théorie analogue de Windscheid : contrat tacite de garantie : explication un peu artificielle.....	251
Possibilité d'admettre cette théorie sous l'empire du Code civil : fondement juridique de la garantie des vices; le vendeur doit supporter le risque des défauts de la chose vendue, non parce qu'il est en faute de les avoir ignorés, mais parce que l'acheteur avait tout lieu de croire à leur absence. — Extension aux causes de nullité des contrats	254
Différence entre cette théorie et celle de Ihering	262

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES PRATIQUES	265
SECT. I. — <i>Critérium de la Responsabilité</i>	265
a) <i>Objet</i> . Applications du principe aux divers cas de nullité.	
b) <i>Sujets</i> .	
SECT. II. — <i>Mesure de la Responsabilité</i>	280
Appréciation du dommage d'après des données approximatives. — Cas où l'indemnité pour nullité de contrat est égale aux dommages-intérêts d'inexécution.	

CHAPITRE III

DROIT COMPARÉ	287
<i>Étude des dispositions du Code civil allemand</i>	287
§ 1. Les précédents historiques : discussions doctrinales et dispositions législatives	287
§ 2. Analyse de la théorie d'après les travaux préparatoires du Code civil	302
CONCLUSION. — Méthode suivie	311

